٤٥ - من منشورات المجلس العلمي

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ/٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتنقيحه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثامن عشر

إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة فى العالم الإسلامى

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دى گاردن إيست لسبيله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان

الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٠٠٩٢٢١-٧٧٢٣٦٨٨

* اردو بازار، ايم اے جناح رود كراتشى تلفون: ٢٦٢٩١٥٧

* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي — بيروت — لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

الفصل التاسع عشر
فى الصلح عن الحقوق التى ليست بمال

١٧٩٠٦- وإذا وقع الصلح بين الشفيع والمشترى، فهو على وجوه: إما أن يصالح على أن يأخذ نصف المشترى، أو ثلثه، أو ربعه بما يخصه من الثمن إذا قسم الثمن عليه على أن يسلم الشفعة فى الباقى، أو يصالحه على بيت منها بما يخصه من الثمن ان لو قسم الثمن عليه، وعلى الباقى على أن يسلم الشفعة فى الباقى، أو يصالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة يأخذ من المشترى، فإن صالح على أن يأخذ نصف المشترى، أو ثلثه، أو ربعه على أن يسلم الشفعة فى الباقى كان جائزًا، ولا إشكال فى جواز هذا الصلح؛ لأنه إما أن يعتبر أخذًا بالشفعة، أو شراء مبتدأ، وأى ذلك ما اعتبر، كان جائزًا؛ لأن المأخوذ معلوم، وهو نصف الدار، أو ثلثها، أو ربعها، والثمن معلوم بيقين، فيكون جائزًا، فلا إشكال فى جواز هذا الصلح، إنما الإشكال فى أنه يصير آخذًا ما أخذ بالشفعة حتى لا يتجدد للشفيع الشفعة فيما أخذ، ويصير آخذًا ما أخذ بشراء مبتدأ، حتى يتجدد الشفعة للشفيع فيما أخذ مرة أخرى.

والجواب فيه على التفصيل: إن وجد هذا الاصطلاح منهما بعد ما تأكد حق الشفيع بالطلبين، بأن وجد من الشفيع طلب المواثبة، وطلب الإشهاد، فإنه يصير آخذًا النصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما أخذ الشفعة مرة أخرى، ويصير مسلمًا للشفعة فى النصف حتى لو كان هذا الشفيع شريكًا فى المبيع، أو فى الطريق كان للجار أن يأخذ النصف الذى لم يأخذه هذا الشفيع بالشفعة.

وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع، فإنه يصير آخذًا النصف بشراء مبتدأ، ويتجدد فيما أخذ بالشفعة، وإنما كان كذلك لأنا نجعل اصطلاحهما على

أخذ النصف فى الفصلين بمنزلة طلب النصف، إلا أنه متى طلب النصف قبل تأكد حقه بالطلب، وسلم المشترى إليه النصف يصير مسلمًا الشفعة فى الكل، ويصير آخذًا النصف بشراء مبتدأ؛ لأن طلب النصف منه، وليس له طلب النصف بمنزلة عدم الطلب، ولو سكت عن الطلب بطل حقه فى الشفعة، فمتى ما سلم المشترى إليه شيئًا يكون ذلك أخذًا بشراء مبتدأ، فكذلك إذا اصطلحا على أخذ النصف، وبعد ما تأكد حقه فى الشفعة، لو طلب الأخذ فى النصف، لايبطل حقه؛ لأن طلب الأخذ فى النصف، وليس له ذلك نفيًا للضرر عن المشترى، والسكوت سواء، ولو سكت عن الطلب لا يبطل حقه، فكذا ههنا، وإذا لم يبطل حقه، صار المشترى مسلمًا النصف، وله حق الشفعة، فيكون آخذًا بالشفعة، لا بشراء مبتدأ.

هذا إذا اصطلحا على النصف، أو الثلث، فأما إذا اصطلحا على أن يأخذ بيتًا منها بعينه بما يخصه من الثمن، سلم الشفعة فى الباقى، كان الصلح باطلا، ولا شك فى بطلان الصلح؛ لأنه إما أن يعتبر هذا أخذًا بالشفعة، أو شراء مبتدأ، وأى ذلك ما كان فإنه لا يصح متى كان ثمنه مجهولا، وهنا ثمن البيت مجهول؛ لأن حصة البيت لا تعرف إلا بالحرز، والظن، ولا إشكال فى هذا[1]، وإنما الإشكال فى بطلان شفعته، والجواب فى بطلان شفعته على التفصيل الذى ذكرنا: إن كان هذا الصلح قبل تأكد حقه بالطلبين بطل حقه فى الشفعة؛ لأن طلب البعض قبل تأكد حقه، والسكوت عن الطلب سواء، وإن كان بعد تأكد حقه بالطلبين، كان على شفعته فى جميع الدار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؛ لأنه إنما سلم الشفعة فى الباقى بعد ما تأكد حقه بشرط أن يسلم له البيت، فإذا لم يسلم له البيت لم يصح التسليم فكان على حقه.

فأما إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة، يعطيه المشترى كان الصلح باطلا، ويصير مسلمًا للشفعة، أما الصلح باطل؛ لأنه اعتياض عن حق الشفعة، وإنه باطل على ما بينا فى كتاب الشفعة على الاستقصاء، ويصير مسلمًا للشفعة، وإن كان التسليم بشرط العوض، ولم يسلم له العوض.

١٧٩٠٧- فرق بين هذا وبينما إذا وقع الصلح بينهما على أن يأخذا بيتًا منها بما

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى "م" و"ف": والإشكال فى هذا، وفى "ظ": وإلا إشكال.

يخصه من الثمن على أن يخصه أن يسلم لاشفعة فى الباقى ، ذكر أنه على شفعته فى جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإزاء التسليم ، وقال : هناك بأن التسليم جائز .

ووجه الفرق بينهما أن فى مسألة البيت سمى بإزاء التسليم فى الباقى ما يصلح أن يكون عوضًا ؛ لأنه سمى بعض الدار ، وأنه يصلح عوضًا .

ألا ترى أنه لو وقع عوضًا الصلح على أن يأخذ الثلث ، أو النصف ، فسلم الشفعة فى الباقى كان جائزًا ، وإنما فسد لجهالة الثمن ، والأصل أنه متى سمى فى العقد ما يصلح أن يكون عوضًا[1] ، إلا أنه فسدت التسمية للجهالة ، فإنه لا يجعل ذكر العوض ، والسكوت عنه بمنزلة .

ألا ترى أن من طلق امرأته على ثوب ، أو دابة ، وقبلت حتى وقع الطلاق ، فإنه لا يقع الطلاق مجانًا ، وإنما يقع بما سمى لها من المهر ؛ لأنه سمى فى الخلع ما يصلح عوضًا ، فإنه سمى مالا متقومًا ، إلا أن التسمية فسدت للجهالة ، فلم يجعل ذكر العوض فيه ، والسكوت بمنزلة .

فكذلك ههنا إذا وجب اعتبار العوض[2] كان مسلمًا للشفعة بعوض ، فإذا لم يسلم له العوض ، كان على حقه ، فأما إذا سلم الشفعة بدراهم يعطيه المشترى ، فقد سمى بإزاء التسليم ما لا يصلح أن يكون عوضًا عنه بحال ؛ لأن الدراهم لا تصلح عوضًا عن التسليم بحال ، ومتى سمى فى العقد ما لا يصلح أن يكون عوضًا عنه بحال ، كان ذكر العوض فيه والسكوت عنه بمنزلة ، كما لو طلق امرأته على خمر ، أوخنزير ، وقبلت ذلك ، فإنه يقع الطلاق مجانًا ؛ لأنه سمى بإزاء الطلاق ما لا يصلح أن يكون عوضًا عنه ، فكان ذكر العوض ، والسكوت عنه سواء ، فكذلك هنا .

ولو سكت عن ذكر العوض صح التسليم ، كذا هنا .

١٧٩٠٨ - ولو صالحه على أن يأخذ الدار كلها على أن يزيده الشفيع دراهم مسماة ، كان جائزًا ، وكان أخذًا بشراء مبتدأ ، لا بالشفعة ؛ لأنهما قصدا شيئين : الزيادة على الثمن الذى قام على المشترى ، والأخذ بالشفعة ، ولا بد من الغاء أحد الأمرين ،

(١) وفى "ف" : أن يكون التسمية عوضًا .

(٢) وفى الأصل : إذا أوجبنا اعتبار رب العوض .

واعتبار الآخر، فإما أن يلغى الزيادة على الثمن الذى قام على المشترى، حتى يصير أخذًا بالشفعة كما قصدا، أو يثبت الزيادة، ويلغى الأخذ بالشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء بمثل الثمن الذى قام على المشترى، لا بالزيادة، فنقول: إثبات الزيادة وإلغاء الأخذ بالشفعة أولى من اعتبار الأخذ بالشفعة، وإلغاء الزيادة؛ لأنه متى ألغينا الزيادة لا يحصل ما هو المقصود من الزيادة بالأخذ بالشفعة؛ لأن المقصود من الزيادة تملك الزيادة، ولا يحصل تملك الزيادة متى راعينا الأخذ بالشفعة، فإن الزيادة لا تسلم للمشترى، ومتى راعينا الزيادة، واعتبرناه شراء مبتدأ، وألغينا جهة الأخذ، وهو الأخذ بالشفعة لا يفوت ما هو المقصود من الأخذ بالشفعة؛ لأن المقصود من الأخذ بالشفعة تملك الدار، والتملك يحصل بالشراء المبتدأ، فلهذا جعلوا الأخذ بالزيادة شراء مبتدأ، ولم يجعل أخذًا بالشفعة.

١٧٩٠٩- ولو أن رجلا ادعى دارًا فى يدى رجل حقًا ادعاها كلها، فصالحه على دراهم مسماة يدفعها المدعى عليه إلى المدعى، ويسلم الدار للمدعى عليه، فأراد الشفيع أخذها بالشفعة من الذى فى يده الدار، لم يكن له ذلك لأن الذى فى يده الدار زعم أنه لم يملك هذه الدار من جهة المدعى، بل كان ملكه من الأصل، وأنه إنما بذل المال فداء عن اليمين، والشفيع يقول: لا، بل ملكت هذه الدار من جهة المدعى، ولى حق الشفعة، فيكون القول قول المدعى عليه؛ لأن الظاهر يشهد له، فإن الدار فى يده، واليد تدل على الملك، وأبدًا يجعل القول قول من يشهد له الظاهر.

وهذا بخلاف ما لو وقع الصلح على أن يعطى المدعى دراهم ليأخذ الدار من المدعى عليه، فأخذ، وأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة، فقال المدعى: كان هذا ملكى فى الأصل، وإنما بذلت ما بذلت لاستخلاص ملكى، والشفيع يقول: لا، بل تملكت هذه الدار بمال من جهة المدعى عليه، كان القول قول الشفيع، وله أن يأخذ الدار بالشفعة؛ لأن الظاهر يشهد للشفيع، فإنها كانت فى يد المدعى عليه، وظاهر اليد يدل على الملك، وأبدًا القول قول من يشهد له الظاهر، فالمعنى الذى له، ولأجله جعلنا القول قول المدعى عليه فى المسألة الأولى، يوجب هنا أن يكون القول قول الشفيع فى هذه المسألة.

١٧٩١٠ - وإذا وقع الصلح عن الكفالة بالنفس على دراهم، ولم يجز الصلح ههنا، هل تبطل الكفالة بالنفس؟ فيه روايتان: فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة، وفى الصلح من رواية أبى حفص: يبطل، وبه يفتى، وفى الصلح من رواية أبى سليمان: لا يبطل، فعلى رواية أبى سليمان: تقع الحاجة إلى الفرق بين الكفالة بالنفس، وبين الشفعة، فإذا وقع الصلح عن الشفعة على دراهم مسماة حتى لم يجز الصلح، تبطل الشفعة باتفاق الروايات كلها.

الفصل العشرون
فى الشهادة على الصلح، وفى الصلح عن الشهادات وفى الاختلاف الواقع فى الصلح، يدخل فيه بعض مسائل الإبراء

١٧٩١١- وإذا ادعى رجل فى دار رجل دعوى، فأقام الذى فى يديه الدار شاهدين أن المدعى صالحه على شىء رضى به منه، ودفعه إليه، فهو جائز؛ لأن الذى فى يده الدار، لو ادعى أنه اشترى منه هذه الدار بثمن معلوم، ودفعه إليه، فأقام على ذلك شاهدين، جاز، وإن لم يسميا مقدار الثمن؛ لأن القاضى لا يحتاج إلى القضاء[1] بالثمن على المشترى متى كان الثمن مقبوضًا حتى يحتاج الشاهد إلى إعلام الثمن، وإنما يحتاج إلى القضاء بالمبيع للمشترى، وإنه معلوم يمكنه القضاء به، فقبلت الشهادة، وإن لم يسميا مقدار الثمن، فكذا الصلح متى شهدا أن المدعى قبض بدل الصلح، ولم يسميا مقداره، قبلت شهادتهما؛ لأن القاضى لا يحتاج إلى القضاء ببدل الصلح على الذى فى يده الدار ليحتاج الشاهد إلى إعلام البدل، إنما يحتاج إلى القضاء بقطع خصومة المدعى عن الدار إن وقع الصلح عن إنكار، وإلى القضاء بالملك إن كان عن إقرار، والدار معلوم، يمكنه القضاء به، فيقبل شهادتهما، وإن لم يسميا مقدار الثمن.

١٧٩١٢- فرق بين هذا، وبينما إذا كان هذا الدعوى من المدعى، والذى فى يده الدار يجحد ذلك، فأقام المدعى شاهدين على المدعى عليه أنه صالحه معه بشىء رضى به، لم يدفع إليه، فإنه لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القاضى هنا يحتاج إلى أن يقضى على الذى فى يده الدار ببدل الصلح، ولا يمكن للقاضى القضاء به متى لم يسميا مقداره؛ لأنه لا يدرى بأى قدر يقضى، فعجز عن القضاء بهذه الشهادة فلا يقبلها، وكان بمنزلة ما لو ادعى أنه باع منه هذه الدار بثمن معلوم، ولم يشهدوا بقبض الثمن، وهناك لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القاضى لا يمكنه القضاء بالثمن على المشترى، والقضاء بالثمن على المشترى محتاج إليه، فكذلك فى الصلح.

---

(١) هكذا فى نسخة، وفى نسخة أخرى: القاضى.

قال : فإن سمى أحدهما دراهم ، ولم يسم الآخر شيئًا ، وشهدا على استيفاء بدل الصلح ، فإنه يقبل يقبل هذه الشهادة ، ألا ترى إذا ادعى الذى فى يده الدراهم الشراء منه ، وأقام البينة على هذا الوجه ، تقبل هذه الشهادة ؛ لأنهما لو لم يسميا الثمن أصلا ، قبلت شهادتهما إذا شهدا على القبض ، فإذا سمى أحدهما ، ولم يسم الآخر أولى أن يقبل ، فكذا فى الصلح .

فإن قيل : يجب أن لا يقبل إذا سمى أحدهما ، ولم يسم الآخر ؛ لأنه لو سئل الآخر ربما يسمى أكثر مما سماه الآخر ، أو أقل ، أو جنسا آخر غير ما سماه الأول ، فيصير المشهود به عقدين مختلفين ؛ لأن عقد الصلح على مائة غير الصلح ، عن مائة و خمسين ، وليس على كل واحد منهما إلا شهادة شاهد واحد .

والجواب عنه : أنهما شهدا بعقد واحد من حيث الحقيقة ، ولو صار المشهود به عقدين ، إنما يصير إذا اختلفا فى التسمية ، ولم يثبت اختلافهما فى التسمية ؛ لأن الآخر لو سئل ربما سمى مثل ما سماه هذا ، فلا يصير المشهود به عقدين ، ويجوز أن يسمى بأكثر مما سماه هذا ، أو أنقص فيصير المشهود به عقدين ، فلا يصير المشهود به عقدين بالشك ، والاحتمال بعد ما كان المشهود به عقدًا واحدًا من حيث الحقيقة .

ألا ترى أنهما لو لم يسميا قبلنا شهادتهما ، وإن كانا لو سميا ربما اختلفا فى مقدار الثمن فيصير المشهود به عقدين ، وذلك مانع من قبول الشهادة ، وإن شهدا على القبض ولكن قيل : ربما ينتفعان[1] على المقدار ، فلا يصير المشهود به عقدين بالوهم ، والاحتمال بعد ما شهدا بعقد واحد من حيث الحقيقة ، فكذا هذا .

١٧٩١٣- هذا الذى ذكرنا إذا سكتا عن التسمية ، أو سمى أحدهما ، ولم يسم الآخر ، فأما إذا سميا ، واختلفا فى مقدار المسمى شهدا أحدهما أنه صالحه على مائة ، وشهد الآخر أنه صالحه على مائة وخمسين ، فهذا على وجهين : إن كان المدعى لصلح ، هو المدعى للدار قبلت هذه الشهادة إذا كان المدعى يدعى أكثر المالين ، وإن كان المدعى هو المدعى عليه الدار لا تقبل هذه الشهادة سواء شهدا بالقبض على المدعى ، أو لم يشهدا ، فقد أجاب فى هذه المسألة على عكس ما أجاب فى المسألة الأولى ، فإنه قال فى

(١) وفى "م" : يتفقان ، وفى "ف" : ينتقضان .

المسلة الأولى: إن كان المدعى للصلح المدعى عليه الدار قبلت، وإن كان المدعى للصلح المدعى للدار، لم يقبل، وإنما فعل هكذا؛ لأن المانع من قبول الشهادة فى تلك المسألة ليس هو اختلاف الشهود فى المشهود به، فإن المشهود به عقدًا واحدًا، متى لم يختلف فى التسمية، إنما المانع من قبول الشهادة هو الحاجة إلى القضاء ببدل الصلح على المدعى عليه، ولا حاجة إلى القضاء عليه ببدل الصلح متى كانت الدعوى من جهة المدعى عليه، وقد شهد شهوده على المدعى بقبض بدل الصلح، وإذا كان الدعوى من المدعى وقعت الحاجة إلى القضاء ببدل الصلح على المدعى عليه؛ لأن قبضه بدل الصلح لم يثبت، ولا يدرى القاضى بأى قدر يقضى، فلهذا قال فى المسألة الأولى: إن المدعى للصلح متى كان هو المدعى عليه الدار قبلت، وإذا كان المدعى للصلح المدعى للدار لم تقبل، فأما المانع من قبول الشهادة فى هذه المسألة اختلاف الشاهدين فيما شهدا به؛ لأنهما شهدا بعقدين مختلفين؛ لأن الصلح بمائة غير الصلح بمائة و خمسين إلا أن المدعى للصلح متى كان هو المدعى للدار، لا حاجة إلى القضاء بالعقد؛ لأن القضاء بالعقد إما لبراءة المدعى عليه عن دعوى المدعى فى الدار، أو لإثبات المال للمدعى، ولا حاجة إلى القضاء بالعقد لإثبات البراءة للمدعى عليه؛ لأن المدعى مما يملك براءة المدعى عليه بمجرد إقراره، وقد أقر ببراءة المدعى عليه عن دعواه فى الدار حين ادعى الصلح، وإذا وقعت البراءة بإقرار المدعى؛ لأنه مما يتقرر[1] بالبراءة استغنى عن القضاء بالعقد لإثبات البراءة، وكذلك لا حاجة إلى القضاء بالعقد لإثبات المال للمدعى؛ لأن دعوى مطلق المال، والقضاء به صحيح، كما أن دعوى المال بسبب، والقضاءبه صحيح، فكأنه ادعى مالا مطلقًا عن السبب، وقد شهد له أحدهما بمائة، والأخر بمائة وخمسين، وهو ادعى الأكثر، ومتى كان المدعى للصلح المدعى عليه الدار فالحاجة إلى القضاءبالعقد؛ لأن حاجته إلى إثبات البراءة، وإنه لا يثبت من جهته، وإنما يثبت من جهة المدعى بالصلح، فلا بد من القضاء بالعقد، وقد تعذر القضاء بالعقد؛ لأنهما شهدا بعقدين مختلفين، وليس على واحد منهما شهادة شاهدين، فلهذا كان الجواب فى المسألة الأخيرة على العكس من المسألة الأولى.

ونظير المسألة الأخيرة ما قالوا: فى باب العتق والطلاق إذا اختلف الشاهدان فى

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى "ف" و "م": يتفرد، وفى الأصل: ينفرد.

مقدار المسمى شهد أحدهما بمائة، والآخر بمائة وخمسين إن كان المدعى للعتق، والطلاق المولى، والزوج، قبلت شهادتهما إذا كان يدعى أكثر المالين؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات العتق، والطلاق إذا كانت الدعوى من المولى، والزوج، فإنهما يملكان إثبات ذلك بأنفسهما، إنما حاجتهما إلى إثبات المال، وبمثله لو كانت الدعوى من جانب العبد، والمرأة، لا تقبل؛ لأن حاجتهما إلى إثبات العتق، والطلاق، والعتق بمائة غير العتق بمائة وخمسين، والطلاق كذلك، فههنا كذلك.

وهذا بخلاف البيع، والإجارة؛ لأن ما يدعى أحدهما لا يثبت بمجرد إقراره؛ لأنه لايملك إثباته لنفسه، وإنما يملك إثباته بالعقد، فأما البراءة مما يتفرد المدعى إثباته بنفسه، فكان نظير الطلاق والعتاق، لا نظير البيع.

قال: وإذا شهد شاهد على معاينة[1] الصلح، والآخر على إقراره قبلت؛ لأن قوله: صالحت يصلح للإنشاء، والإقرار كقوله: بعت، وفى البيع إذا شهد أحدهما على إنشاء البيع، والآخر على الإقرار قبلت؛ لأن صيغة الإقرار، والإنشاء يتفق فى باب البيع، فكذا هذا.

١٧٩١٤- قال: وإذا صالح الرجل الشاهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه بكذا، أو كذا، ويكتم الشهادة، كان الصلح باطلا؛ لأنه أخذ مالا لإقامة المعصية، فإنه أخذ المال ليكتم الشهادة، وكتمان الشهادة معصية، وأخذ المال لإقامة المعصية رشوة، وإنه حرام، فكان بمنزلة ما لو أخذ مالا من إنسان ليزنى، أو ليشرب الخمر، ولأن الشهادة حق لصاحب الحق قبل الشاهد، فإذا أخذ مالا ليكتمها، فإنما أخذ مالا لإبطال حق الغير، وأخذ المال لإبطال حق الغير لا يجوز، فإن أقر الشاهد بهذا عن القاضى، لم يجز شهادته؛ لأنه أقر بفسقه، والشاهد متى أقر بفسقه لا تقبل شهادته ما لم يحدث توبة، وإن ادعى المشهود عليه ذلك، وجحد الشاهد، وقال: ما أخذت منك مالا لأكتم الشهادة عليك، فإن القاضى يقبل شهادته؛ لأن فسقه لا يثبت بمجرد دعوى الشهود عليه، وإذا لم يثبت فسقه بمجرد دعواه، وبقى عدالته[2]، فإن أقام المشهود عليه البينة أنه

---

(١) هكذا فى "ظ"، وفى "ف": معاينة، وفى "م": معانية، وفى الأصل: معًا.

(٢) وفى "م": وبقى عدالته.

أخذ مالا منى لئلا يشهد على ما يشهد، هل يقبل القاضى بينة المشهود عليه، وتبطل شهادته؟ فهذا على وجهين: إما إن أقام البينة قبل رد المال إليه، أو بعد رد المال إليه، فإن أقام البينة قبل رد المال إليه، فإنه تقبل بينة المشهود عليه، ولا يقبل شهادة شهود المدعى؛ لأن المشهود عليه ادعى مالا على الشاهد، وأنكر الشاهد ذلك، فلا بد له من إثبات ذلك عليه بالبينة، وإذا قبلنا بينته فى حق إثبات المال عليه ثبت جرحه، فلا يقبل القاضى شهادته، وإن أقام البينة بعد رد المال إليه، لا تقبل بينته، وتقبل شهادة الشاهد؛ لأنه بهذه الشهادة ليس يثبت عليه مالا لنفسه، إنما يثبت عليه مجرد الجرح، ومجرد الجرح مما لا يقبل البينة عليه.

١٧٩١٥- وفى "نوادر إبراهيم بن رستم" عن محمد: رجل فى يديه دار، ادعاها رجل، فصالحه المدعى عليه على نصفها، وقال: هو يعنى المدعى برئت من النصف الباقى، أو قال: برئت من دعواى فى النصف الباقى، أو قال: لا حق لى فى ا النصف الباقى، ثم أقام البينة على جميع الدار، لم تقبل بينته.

ولو قال: صالحتك على نصفها على أن أبرأتك عن دعواى فى النصف الباقى، ثم أقام بينة أخذ الدار كلها، و فرق بين قوله: برئت، وبين قوله: أبرأتك.

قال: ألا ترى أن عبدًا فى يدى رجل، لو قال له رجل: برئت منه، كان بريئًا منه، ولو قال: أبرأتك منه كان له أن يدعيه، وإنما إبراءه من ضمانه.

وقال أصحابنا: إذا قال: أنا منك بريء، وأنت منى بريء، كان له أن يدعى فى العبد، ولا يبرأ منه، وهو قول محمد.

وبعد هذا متصلا بهذه المسائل: رجل صالح رجلا على نصف دار على أن يبرأ عن النصف الباقى، أو قال: صالحتك على أن لا حق لى فى النصف الباقى، فصالحه، ثم أقام البينة على الدار كلها يقضى له بجميع الدار إلا أن يكون قال بعد الصلح: لا حق لى فى النصف الباقى على وجه الإقرار.

١٧٩١٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، فأقام رب الدين بينة أنه صالحه منها على مائة درهم، وهذا الثوب، وأقام

المطلوب بينة أنه أبرأه منها، فالبينة بينة الصلح، قال: لأنى أجيزه [1] فى الثوب، فإذا أجزته فى الثوب أجيز فى المائة[2]، لا أجيزه فى بعضه، وأبطله فى بعضه، ولو أقام الطالب بينة أنه صالحه منها على مائة فقط[3]، كانت بينة البراءة أولى؛ لأنه ليس ههنا غير الألف.

قال أبو الفضل: ذكر مسألة الثوب فى موضع آخر، وقال: تقبل بينة الطالب على الثوب خاصة، وبينة المطلوب على البراءة، وفى "المنتقى": رجل له على رجل ألف درهم، وهو مقر بها، فقال الطالب: صالحتك على خمسمائة تؤديها على أن أبرأتك من المال، وقال المطلوب: صالحتنى على أربعمائة، وأقاما البينة، ووقّتا وقتًا واحدًا، أو وقتين، أو لم يوقتا، فالبينة بينة المطلوب فى جميع ذلك -والله أعلم-.

---

(١) وفى الأصل: لا أجيزه.

(٢) وفى الأصل و"ف": أجزته فى المائة.

(٣) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و"ف" و"م": قط.

الفصل الحادى والعشرون
فى الصلح فى السلم

١٧٩١٧- قال أبو حنيفة رحمه الله : لا بأس بأن يصالح الرجل فى السلم على أن يأخذ نصف رأس ماله، ونصف سلمه بعينه؛ لأنه متى صالحه على نصف رأس المال، وعلى أن يأخذ منه نصف سلمه، فقد أقال السلم فى النصف؛ لأن الصلح على رأس مال السلم إقالة، واستوفى به نصف السلم، ولو استوفى منه جميع السلم جاز، ولو أقال السلم فى الجميع جاز، فإذا أقال فى النصف، واستوفى فى النصف، كان جائزًا، ثم إن محمدًا جوز الإقالة بلفظ الصلح إذا كان الصلح[1] على رأس المال، ولم يجوز الإقالة بلفظ البيع، وإن كان مضافًا إلى رأس المال، بأن قال رب السلم : بعتك السلم برأ س المال، فإنه لا يجوز، فلا يجعل إقالة، وإذا صالحتك عن السلم على رأس المال، كان إقالة.

ووجه الفرق بينهما أن الصلح محتمل معنى الإقالة، فإن الإقالة لرفع العقد، وفى الصلح معنى الرفع؛ لأن الصلح ، والمسالمة سواء.

قال الله تعالى : ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسِلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾[2] الآية.

وفى المسالمة رفع المنازعة، فكان فى الصلح ما ينبئ عن الرفع فصلح لفظة "الصلح" عبارة عن الإقالة التى فيه رفع العقد، وليس فى لفظة البيع ما ينبئ عن الرفع، إنما البيع لإثبات مبتدأ من الجانبين، ليس فيه ما ينبئ عن الرفع، فلم يصلح كتابة عن الإقالة التى فيها رفع العقد، فلهذا جوزنا الإقالة بلفظ الصلح، ولم نجوزها بلفظة البيع.

١٧٩١٨- قال : وإذا كان لرجل على رجل ثوب هروى سلم، فصالحه على نصف رأس المال، وعلى أن يعطيه نصف السلم حتى جاز الصلح، فجاءها المسلم إليه

---

(١) وفى الأصل : العمل.

(٢) سورة الأنفال : الآية٦١.

بنصف ثوب مقطوع، لم يجبر على أخذه؛ لأنه أتى بأنقص مما عليه، فيتخير رب السلم، كما لو كان التسلم فى ثوب جيد، فأتاه بثوب ردىء، وإنما قلنا: ذلك لأن حق رب السلم بقى فى نصف ثوب شائع؛ لأنه كان فى ثوب كامل، إلا أنه أقاله فى نصف الثوب مطلقًا، وتسمية النصف مطلقًا ينصرف إلى نصف شائع، كما لو باع منه نصف الثوب، و إذا انصرفت الإقالة إلى نصف ثوب شائع بقى حقه فى نصف شائع، ونصف ثوب مقطوع أنقص من نصف شائع؛ لأن النصف المقطوع من الثوب لا يشترى بمثل ما[1] يشترى به النصف شائعًا؛ لأن الذرعان من ثوب واحد مما يتفاوت بعضه يكون أجود من بعض، ولهذا قالوا: فيمن اشترى ثوبًا بمائة درهم، فقطعه نصفين، ثم أراد أن يبيع النصف المقطوع على نصف الثمن، لم يكن له ذلك؛ لأنه بالقطع أحدث نقصانًا فيه، ولو باع نصف الثوب شائعًا بنصف الثمن[2] قبل القطع جاز، وإذا كان ما أتى به جنس حقه، إلا أنه أنقص من حقه، يخير رب السلم، فإن شاء قبل ذلك منه، وإن شاء لم يقبل حتى يأتيه بثوب صحيح.

١٧٩١٩- قال: وإذا كان السلم إلى أجل، فصالحه على أن يأخذ نصف رأس ماله، ويناقضه نصف السلم فيه، يعجل له نصف السلم قبل الأجل، فإن التعجيل باطل؛ لأنه جعل التعجيل شرطًا فى الإقالة، وإنه زيادة شرط مع نصف رأس المال، فإن المعجل أزيد من المؤجل، فيعتبر بما لو زاد على رأس المال من حيث المقدار، بأن كان رأس المال مائة، فأقاله السلم على مائتى درهم، وهنا لا تثبت الزيادة بالاجماع، وتقع الإقالة بمثل رأس المال بالاجماع، فههنا كذلك، والإقالة جائزة، وإن شرط فيها شرط فاسد لا تقتضيه الإقالة، ولا حد المتعاقدين فيه منفعة؛ لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، والإقالة فى هذا تخالف البيع، فالبيع يبطل بالشروط الفاسدة، والإقالة لا تبطل، والفرق عرف فى كتاب البيوع.

١٧٩٢٠- ولو كان السلم كرحنطة حال، وكر شعير إلى الأجل، وصورته إذا سلم إلى رجل فى كرحنطة، وجعل أجله إلى شهر، وأسلم إلى ذلك الرجل أيضًا فى كر

(١) هكذا فى الأصل و "ف" و "م"، وكان فى "ظ": بما يشترى.

(٢) وفى الأصل: النصف.

شعير، جعل أجله شهرين، فمضى شهر من وقت العقد، وحل أجل الحنطة، فصالحه على أن يأخذه الحنطة، ويزيد فى أجل الشعير، كان جائزًا؛ لأنه أجل دينًا ليتعجل ماله تعجيله، وإنه جائز؛ لأنه تبرع من أحد الجانبين، ليس باعتياض عن الأجل، ولو صالحه على أن يؤخر الحنطة، ويعجل الشعير لا يجوز؛ لأنه أجل دينًا ليتعجل ما ليس له تعجيله، فكان اعتياضًا عن الأجل فلايجوز.

ولو كان السلم كر حنطة إلى أجل معلوم، فصالحه على أن زاده فى الأجل مدة معلومة على أن حط عنه درهمًا من رأس المال، ورده عليه كان ذلك باطلا؛ لأن هذا اعتياض عن الأجل؛ لأن المسلم إليه رد درهمًا على رب السلم ليزيد له فى الأجل، والاعتياض عن الأجل باطل.

١٧٩٢١- ولو كان السلم حالا، وتفسيره ما قلنا: قبل هذا، فصالحه على أن يرد المسلم إليه درهمًا من رأس المال على رب السلم على أن الكر عليه كما كان يعنى أن يكون الكر عليه على حال حالا، كما كان، أو على أن أخره رب السلم شهرًا، فهو جائز، هكذا ذكر فى الكتاب.

فقد جمع محمد بين مسألتين: إحداهما: إذا صالحه على أن يرد عليه درهمًا من رأس ماله، على أن الكر عليه كما كان على حاله، والثانية: إذا صالحه على أن يرد عليه درهمًا من رأس ماله على أن أخره رب السلم شهرًا، وأجاب بالجواز.

وهذا الجواب يصلح جوابًا للمسألة الأولى؛ لأن المسلم إليه تبرع برد درهم من رأس المال من غير أن استفاد بإزاء الدرهم المردود شيئًا حيث شرط أن يكون الكر عليه حالا كما كان، وإنه جائز، أما لا يصلح جوابًا للمسألة الثانية؛ لأن المسلم إليه استفاد بإزاء الدرهم المردود أجل شهر، فيكون اعتياضًا عن الأجل، والاعتياض عن الأجل باطل.

ألا ترى أن الكر المسلم لو كان مؤجلا، فاصطلحا على أن يرد المسلم إليه درهمًا من رأس المال ليزيده رب السلم فى الأجل شهرًا، لا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الأجل.

بعد هذا اختلف عبارة المشايخ، بعضهم قالوا أن محمدًا ذكر مسألتين، وذكر جواب إحداهما، وقد فعل محمد فى كتبه مثل هذا كثيرًا، وبعضهم قالو: إن محمدًا

أجاب عن المسألتين، إلا أنه أخطأ فى جواب إحداهما، وهكذا حكى عن عيسى بن أبان، وكان الفقيه أبو بكر البلخى أستاذ الفقيه أبى جعفر، يقول: ما ذكر محمد جواب المسألتين، وإنه يصلح جوابًا فيهما، وكان يفرق بين هذه المسألة، وبينما إذا كان السلم مؤجلا، فرد عليه المسلم إليه درهمًا من رأس ماله على أن يزيده فى الأجل شهرًا، وكان يقول فى الفرق بينهما: إن رأس مال السلم، والمسلم فيه فى حق القبض يجرى مجرى واحد حال قيام السلم، ألا ترى أن حال قيام السلم كما لا يجوز الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز الاستبدال برأس المال قبل القبض، وإذا جريا مجرى واحدا فى حق القبض حال قيام السلم، ورأس المال بدل عن المسلم فيه يجعل قبض رب السلم بعض رأس المال ليؤجل فى المسلم فيه، بمنزلة قبض بعض المسلم فيه ليؤجل الباقى، ولو قبض بعض المسلم فيه، والسلم حال ليؤجل الباقى كان جائزًا، فكذا إذا قبض بعض رأس المال ليؤجل ما عليه من السلم، ولو قبض بعض المسلم فيه، والسلم مؤجل ليزيد فى أجل الباقى، لا يجوز، فكذا إذا قبض بعض رأس المال ليزيد فيه من الأجل[1].

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بما لو اصطلحا على أن يرد نصف رأس المال على أن أبرأه عن الباقى، لا يصح الإبراء عن الباقى، ولو قبض بعض المسلم فيه ليبرئه عن الباقى يجوز.

قلنا: لا يشكل؛ لأنا اعتبرنا قبض بعض رأس المال بقبض بعض المسلم فيه، حال قيام السلم، لا حال انفساخه، وهذا؛ لأن قبض المسلم فيه واجب حال قيام السلم، وكذلك قبض رأس المال، ورأس المال بدل عن المسلم فيه، فأقمنا قبض بعض رأس المال مقام قبض بعض المسلم فيه، والحال حال قيام العقد هنا؛ لأنه يرد عليه درهمًا من رأس المال على أن يكون الكر عليه على حاله، وكان هذا حطًا عن رأس المال، لا إقالة، وفى تلك المسألة تقايلا فى نصف السلم، وقبض رأس المال بحكم الإقالة، لا يمكن أن يجعل بمنزلة قبض المسلم فيه؛ لأن قبض المسلم فيه لا يبقى واجبًا بعد الإقالة، فكيف يجعل قبض رأس المال بمنزلة قبض المسلم فيه؟

١٧٩٢٢- وإذا صالح رب السلم مع المسلم إليه من طعام السلم على دار، أو

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: فى الأجل.

أرض، أو شيء من الحيوان، وقبضه لا يجوز ؛ لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل القبض، وإنه باطل، فإن قيل : لم لايجعل هذا إقالة حتى يجوز ، وهذا لأن الصلح يحتمل معنى الإقالة، ألا ترى أن الصلح عن رأس المال جعل إقالة .

قلنا : الصلح بخلاف الإقالة ؛ لأن الصلح كما يحتمل الإقالة، يحتمل البيع ؛ لأن الصلح يوجب ملكًا مبتدأ، لا قديم الملك كالبيع، ويحتمل الإقالة لما فيه من معنى الرفع، كما فى الإقالة، وإذا كان يحتمل البيع والإقالة، وليس أحد الاحتمالين بالأولى من الآخر حيث أحد الاحتمالين بالمسمى إن سميا رأس المال علمنا أيهما أراد بالصلح الإقالة ؛ لأن الإقالة هى التى تنفذ برأس المال، لا البيع، فجعلناه إقالة استدلالا بما سميا من رأس المال ، ومتى سميا غير رأس المال علمنا أنهما أرادا بذلك البيع ، فصار بائعًا المسلم فيه قبل القبض، وإنه باطل .

١٧٩٢٣ - وإن كان السلم كر حنطة، فصالحه على نصف كر حنطة على أن أبرأه عما بقى، فهو جائز ؛ لأنه استوفى بعض حقه، وأبرأه عن البعض، وكذلك لو كان السلم كر حنطة جيدة، فصالحه على كر حنطة ردته، فهو جائز ؛ لأنه استوفى أصل حقه، وأبرأه عن صفة الجودة .

ولو كان السلم كر حنطة ردية، وصالحه على كر حنطة جيدة إلى شهر، لا يجوز، ولو كان السلم كر حنطة رديئة، فصالحه على نصف كر حنطة جيدة، لا يجوز فى قول أبى يوسف الآخر، وهو قول محمد .

١٧٩٢٤ - إذا كان رأس المال عرضًا، فصالح رب السلم على رأس ماله، فهلك العرض قبل القبض، لم تبطل الإقالة، والأصل فيه أن الإقالة فى باب السلم بعد وقوعها لا تحتمل النقض بوجه من الوجوه بهلاك البدل، أو غيره والجملة فيه أن المسلم فيه ، وإن كان دينًا، فقد أعطى له حكم العين، وإنما جعل دينًا فى حكمين : أحدهما : أنه يقبل الأجل، والآجال تختص بالديون، والثانى : أنه يسقط بلفظة الإبراء مع أن الإبراء عن الأعيان باطل، وفيما عدا هذين الحكمين أعطى له حكم العين، فإذا كان عينًا، فهلاك ما بإزاءه لا يمنع الإقالة ابتداء، وبقاء، كما لو اشترى عرضًا بعرض، فهلك أحدهما قبل الإقالة، أو بعدها جازت الإقالة ابتداء وبقاء .

١٧٩٢٥- وإذا كان السلم حنطة، ورأس المال مائتى درهم، فصالحه على أن يرد عليه مائتى درهم، أو مائة وخمسين درهمًا كان باطلا؛ لأن الصلح عن السلم متى لم يكن مضافًا إلى رأس المال بيع للمسلم فيه، وهناك الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مائة وخمسين من رأس مالك، بيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، وأما إذا قال: صالحتك من السلم على مائة من رأس مالك، كان جائزًا، وكذلك إذا قال: خمسين درهمًا من رأس مالك، كان جائزًا؛ لأن الصلح على رأس المال فى باب السلم إقالة، وإقالة السلم قبل القبض جائز، إن كان لا يجوز بيعه، كما فى بيع المنقول قبل القبض.

بعد هذا اختلف المشايخ فى قوله: صالحتك من السلم على خمسين درهمًا من رأس مالك، أنه يصير إقالة فى جميع السلم أم فى النصف؟[1] وإن قال: صالحتك من المسلم على مائتى درهم من رأس المال، لا يجوز أن يريد بقوله: لا تجوز الزيادة؛ لأن الصلح فى السلم على رأس المال إقالة، والإقالة فى باب السلم إذا وقعت على أكثر من الثمن لا تثبت الزيادة، وتقع الإقالة بقدر رأس المال كما فى بيع المنقول لو تقايلا على أكثر من الثمن الأول قبل القبض، فالإقالة تصح عندهم بمثل الثمن، ولا تثبت الزيادة، كذا ههنا، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وأشار شمس الأئمة السرخسى إلى أنه تبطل الإقالة فى هذا الوجه أصلا.

١٧٩٢٦- أسلم ثوبًا فى كر حنطة، ثم إن المسلم إليه بعد ما قبض الثوب أسلم ذلك الثوب إلى آخر، ثم ان المسلم إليه الأول صالح مع رب السلم الأول على رأس المال، فههنا فصلان:

الأول: أن يكون هذا الصلح بعد ما عاد الثوب من المسلم إليه.

الثانى: إلى المسلم إليه الأول، وإنه على ثلاثة أوجه:

الأول: يعود إليه بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار رؤية، أو بعيب، أو بقضاء، أو افتراق عن المجلس قبل قبض رأس المال فى السلم، الثانى: وفى هذا الوجه كان على المسلم إليه الأول رد عين الثوب إلى رب السلم الأول، وليس له رد

---

(١) وفى الأصل: النصف الأول.

القيمة، ويجعل كأن هذا الثوب لم يزل عن ملك المسلم إليه الأول، وكذلك إذا كان زوال الثوب عن ملك المسلم إليه بطريق الهبة، فعاد إليه بالرجوع فى الهبة، فهو فسخ سواء كان الرجوع بقضاء، أو بغير قضاء.

الوجه الثانى: أن يعود إليه بسبب هو تمليك مبتدأ من كل وجه نحو الشراء، والهبة، والميراث، وفى هذا الوجه حق رب السلم الأول فى قيمة الثوب، لا فى عينه، فإن اصطلحا على أخذ عين الثوب، إن كان هذا الاصطلاح قبل أن يقضى القاضى عليه بقيمة الثوب، لايجوز قياسًا، ويجوز استحسانًا، وإن كان هذا الاصطلاح بعد ما قضى القاضى عليه بقيمة الثوب، لا شك أنه لايجوز قياسًا، وهل يجوز استحسانًا؟ فيه اختلاف المشايخ.

الوجه الثالث: أن يعود إليه بسبب يشبه الفسخ، والتمليك نحو الإقالة، والرد بالعيب بغير قضاء، وفى هذا الوجه حق رب السلم الأول فى قيمة الثوب، لا فى عينه، فإن اصطلحا على أخذ عين الثوب، إن كان هذا الاصطلاح قبل قضاءالقاضى عليه بقيمة الثوب، لا يجوز قياسًا، ويجوز استحسانًا، وإن كان بعد ذلك لا يجوز قياسًا، واستحسانًا بلا اختلاف من المشايخ.

١٧٩٢٧ - الفصل الثانى: أن يكون هذا الصلح من المسلم إليه الأول قبل أن يعود إليه الثوب من المسلم إليه الثانى، ثم عاد إليه الثوب، فإن عاد بعد ما قضى القاضى على المسلم إليه الأول بقيمة الثوب، لا يجوز اصطلاحهما على أحد العين بأى سبب ما عاد إليه الثوب، إلا أنه إن رد عليه بالعيب بقضاء القاضى، فإنه يرد الثوب على رب السلم الأول، ويأخذ منه قيمته، وإن عاد إليه الثوب قبل قضاء القاضى عليه بقيمة الثوب، إن عاد بسبب هو فسخ من كل وجه يرد الثوب على رب السلم الأول، وإن عاد بسبب يشبه التمليك والفسخ، فإن عليه قيمة الثوب لرب السلم الأول، فإن اصطلحا على أخذ العين فيه قياس واستحسان، وإن عاد إليه بالشرط[1]، واصطلحا على أخذ العين، ففيه اختلاف المشايخ على ما بينّا فى الفصل الأول.

١٧٩٢٨ - قال: وإذا كان لرجل على رجل كر حنطة سلم، وبه كفيل، فصالح

---

(١) هكذا فى ظ والأصل، وفى ف وم: الشرى.

الكفيل رب السلم على رأس ماله، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد: الصلح يكون موقوفًا على إجازة المسلم إليه، إن أجاز جاز، وصار حق رب السلم فى رأس المال، وإن بطل بطل، وبقى حق رب السلم فى الطعام، وعلى قول أبى يوسف: الصلح جائز على كل حال، وصار حق الطالب قبل الكفيل فى رأس المال، وحق الكفيل قبل المسلم إليه فى السلم، وكذلك إن كان الكفيل بغير أمر المسلم إليه، فصالح رب السلم، فهو على هذا الاختلاف، وكذلك الأجنبى إذا صالح على رأس المال، وضمن المال، فهو على هذا الخلاف.

١٧٩٢٩ - وإن صالح الكفيل رب السلم على طعام سلم مثل طعامه فى الكفيل، إلا أنه دونه فى الصفة، بأن كان السلم طعامًا جيدًا، فصالح الكفيل رب السلم على طعام وسط ، أو ردىء، كان الصلح جائزًا، أو يرجع الكفيل على الذى عليه الأصل بالجياد.

ولو وهب الطالب الكفيل كله، كان للكفيل أن يرجع بذلك على المكفول عنه؛ لأن الكفيل ملك ما فى ذمته بالهبة، فإن قيل: هذه الهبة لا يمكن تصحيحها بطريق الهبة لما فيه من تمليك المسلم فيه قبل القبض، وتمليك المسلم فيه باطل قبل القبض، ولا يمكن تصحيحها بطريق الإقالة عندهما؛ لأن عندهما الكفيل لا يملك الإقالة، كما فى المسألة الأولى.

قلنا: يمكن تصحيح هذه الهبة هبة، بأن يجعل فى حق الكفيل تمليكًا لما وجب عليه بعقد الكفالة، لا بعقد السلم، وفى حق المسلم إليه يجعل إبراء عن السلم لا تمليكًا، وكان كالكفيل بالقرض إذا أجل صح التأجيل؛ لأن ما وجب على الكفيل وجب بسبب الكفالة، لا بسبب القرض بخلاف مالو وهب من الأصيل حيث يجعل إقالة.

ولو صالح الكفيل الطالب من السلم على ثوب، أو على شىء من الوزنى لا يجوز بخلاف ما لو صالح الكفيل المسلم إليه على شىء آخر سوى السلم كان جائزًا؛ لأن فى صلح الكفيل المسلم إليه لا يتحقق الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض؛ لأن المسلم إليه لا يبرأ عن طعام السلم، وفى صلح الكفيل الطالب يتحقق الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض، فإن المسلم إليه يبرأ عن طعام السلم، ثم الكفيل إذا صالح مع المطلوب برئ

المطلوب عن دين الكفيل، أما لا يبرأ عن دين الطالب بعد ذلك ينظر إن أدى الكفيل الطعام إلى الطالب بريئًا جميعًا، وإن رجع الطالب على المطلوب، وأخذ منه الطعام كان له أن يرجع على الكفيل، وكان للكفيل الخيار، إن شاء أوفاه طعام السلم، وإن شاء رد عليه ما أخذ.

١٧٩٣٠- وإن صالح الكفيل رب السلم على أن زاده درهمًا فى رأس المال، وقبضه لم يجز؛ لأن الزيادة تصرف فى العقد، والكفيل ليس بسبيل من العقد، وكذلك إذا صالح على أن زاد المسلم إليه مختوم حنطة فى السلم لم يجز.

إذا جاء الكفيل بأنقص مما كفل به فى المكيلات، والذرعيات إلى رب السلم فقال: خذ هذا وأرد[1] عليك درهمًا، فإن هذا لايجوز من المسلم إليه عند هما فكذا من الكفيل، وإن أتى بأجود مما كفل به، وقال: خذ هذا، وزدنى درهمًا، فإنه لا يجوز، لا فى الذرعيات، ولا فى المكيلات، وإن كان هذا فى الذرعيات يجوز من المسلم إليه، مع هذا لم يجيز من الكفيل، ولو أوفاه الكفيل السلم فى غير الموضع الذى شرط، فقبله كان له أن يرجع به على الأصيل فى موضع الشرط، ولو كان الكفيل صالح الطالب على أن يعطيه الطعام فى غير موضع الشرط، ويعطيه أجر الحمل إلى موضع الشرط، لم يجز، ويرد الطالب الطعام والأجر حتى يوفيه الطعام فى غير موضع الشرط.

ولو كان المشروط إيفاء الطعام فى فى السواد، فصالح الطالب الكفيل على أن يوفيه إياه بالكوفة على أن يعطيه الطالب بذلك كذا، كذا درهمًا لم يجز؛ لأن الطعام الذى يحمله قبل الإيفاء ملك الكفيل، وأخذ الأجر على حمل ملك نفسه لا يصح، وإن كان الكفيل أوفاه الطعام بالكوفة من غيرشرط رجع على الأصيل بالطعام فى السواد لا بالكوفة.

١٧٩٣١- قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل مائة درهم، وكر حنطة سلم فصالحه من ذلك على عشرين دينارًا، فهذا على وجهين: إما أن يكون رأس ما لم السلم دراهم، أو دنانير، فإن كان رأس مال السلم دراهم، فهذا على وجهين: إما أن تفرقا بعد نقد الدنانير، أو قبل النقد، فإن تفرقا قبل النقد بطل الصلح فيما يخص المائة، والسلم

---

(١) هكذا فى م وف، وكان فى الأصل وظ: وازدد.

جميعًا، فأما فيما يخص المائة؛ فلأنه صرف، ولم يقبض أحد البدلين فى المجلس، فيكون الصرف فاسدًا، وأما فيما يخص السلم، فكذلك اعتبر الصلح فيما يخص السلم بيعًا، أو إقالة، إن اعتبر بيعًا؛ فلأنه باع المسلم فيه قبل القبض، وإن اعتبر إقالة؛ فلأنه يصير مستبدلا برأس مال السلم بعد الإقالة، إذا كان بدل الصلح دنانير، و رأس المال دراهم، والاستبدال برأس مال السلم بعد الإقالة لا يجوز استحسانًا، وإن نقد الدنانير، فالصلح فاسد فى الكل، أما ما يخص السلم فلا إشكال أنه فاسد؛ لأنه إما أن يعتبر بيعًا، أو إقالة، وأى ذلك ما اعتبر كان الصلح فاسدًا فيما يخص السلم.

وأما ما يخص المائة فهو فاسد عندهم جميعًا، عند أبى حنيفة لعلتين: إحداهما: أن قبول العقد فيما يخص السلم، وهو فاسد يعتبر شرطًا فيما يخص المائة بحكم اتحاد الصفقة، وإنه شرط فاسد، فيفسد حصة المائة من هذا الوجه.

والثانية: أنه صار مشتريًا ما عليه من المائة بالحصة ابتداء، والشراء بالحصة باطل لجهالة الثمن، وإنما قلنا: ذلك لأنه باع موجودًا، ومعدومًا، والمعدوم لا يدخل تحت العقد أصلا، وما لا يدخل تحت العقد أصلا لا يكون له حصة من البدل، فيصير مشتريًا الدراهم بالحصة ابتداء، وهذا يوجب الفساد عندهم جميعًا، كما لو اشترى عبدين بثمن واحد، فإذا أحدهما حر.

بيان ذلك أنه باع المعدوم، وإن الدين معدوم من حيث الحقيقة، فإنه ليس فى الذمة مال قائم حقيقة، والمعدوم إنما يعتبر موجودًا حكمًا بالشرع ضرورة جواز العقد كالمنافع معدومة من حيث الحقيقة، ثم اعتبرت موجودة حكمًا ضرورة جواز العقد، فيعتبر المسلم فيه موجودًا فى حق جواز السلم حكمًا؛ لأن السلم عقد جائز، وإنه نوع بيع، وبيع المعدوم لا يجوز، فاعتبر المسلم فيه موجودًا فى حق جواز السلم ضرورة جواز السلم، فأما فى حق الاستبدال به مع من عليه، أو مع غيره، وإنه لا يجوز لا يعتبر موجودًا حكمًا، فيبقى معدومًا حكمًا، وحقيقة فى جواز الاستبدال به مع من عليه، ومع غيره.

وهكذا يقول فى سائر الديون سوى السلم، وبدل الصرف أنه معدوم حقيقة، وإنما يعتبر موجودًا حكمًا ضرورة جواز العقد، فيعتبر موجودًا فى جواز الاستبدال به مع

من عليه، فإن الشرع جوز الاستبدال بسائر الديون مع من عليه، فيعتبر موجودًا حكمًا فى حق جواز الاستبدال مع من عليه، فأما مع غير من عليه الدين، فإنه لا يجوز الاستبدال به، فلا يعتبر موجودًا حكمًا فى حق هذا الحكم.

إذا ثبت هذا، فنقول: الاستبدل فى مسألتنا حصل مع من عليه، والمائة فى حق هذا الحكم موجودة، فأما السلم فى حق هذا الحكم معدوم، فهو معنى قولنا: إنه باع موجودًا، ومعدومًا، والمعدوم مما لايدخل تحت العقد كالخمر والميتة، وإذا كان كذلك صح ما قلنا: إنه صار مشتريًا المائة بالحصة ابتداء، والشراء بالحصة باطل، والفساد عندهما للعلة الثانية، هذا إذا كان رأس المال دراهم، فأما إذا كان رأس مال السلم دنانير، إن كان رأس مال السلم خمسة دنانير، وقد شرطا فى الصلح بأن يكون بإزاء السلم خمسة دنانير، ونقد عشرين دينارًا، أو نقد حصة المائة، كان الصلح جائزًا فى الكل فيما يخص المائة؛ فلأنه صرف، وقد وجد قبض البدلين فى المجلس، وفيما يخص السلم؛ لأنه وجد منهما دليل الإقالة؛ لأنه لما سميا بإزاء السلم مقدار رأس مال السلم، علمنا أنهما أرادا بذلك الإقالة دلالة، إذ لو كان المراد منه البيع[1] بأكثر من خمسة، أو بأقل لكانا يقدران ذلك، فدل التقدير بمقدار رأس المال أنهما أرادا الإقالة فيما يخص السلم على رأس المال، وكذلك إن نقد حصة المائة من الدنانير يكون الصلح فى ذلك جائزًا فى حق المائة؛ لأنه صرف وقد وجد قبض البدلين فى المجلس، وفى حصة السلم؛ لأنه إقالة، ولم يوجدرأس ماله فى المجلس، إلا أن قبض رأس مال السلم فى مجلس الإقالة ليس بشرط للجواز.

فأما إذا لم يجعلا خمسة دنانير بإزاءالسلم هل يجوز الصلح فى الكل إذا نقد العشرين؟ لم يذكر محمد هذا فى الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيه، كان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول: بأنه لا يجوز، والفقيه أبو بكر البلخى أستاذ الفقيه أبى جعفر يقول: بأنه يجوز، ويجعل ما يخص السلم من الصلح إقالة للسلم استحسانًا بمقدار رأس المال.

وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر أن الصلح حقيقة للتمليك المبتدأ، إلا أنه يحتمل

(١) وفى الأصل: المبيع.

الإقالة مجازًا كالهبة، ألا ترى أن الصلح فى سائر الديون سوى السلم اعتبر استبدالا، ولم يعتبر إقالة، فدل أن حقيقته للتمليك المبتدأ، ولكن يحتمل الإقالة مجازًا، والكلام لحقيقته ما لا يثبت ارادة المجاز، ولم يثبت ارادة الإقالة متى لم يبيناه بإزاء السلم قدر رأس المال، فبقيت العبرة للحقيقة، والصلح فى الحقيقة للتمليك المبتدأ، وإذا بقيت العبرة لحقيقته صار لفظة الصلح، و البيع سواء.

١٧٩٣٢- ولو قال: بعتك المسلم فيه برأس المال، يعتبر بيعًا، ولا يعتبر إقالة، فكذلك هذا بخلاف ما لو بينا بإزاء السلم الخمسة، أو صالح على رأس مال السلم حيث يعتبر إقالة؛ لأن التقدير برأس المال يدل على أنهما أرادا بذلك الإقالة على ما مرّ.

وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو بكر، وهو أن الصلح حقيقة للتمليك المبتدأ لا للفسخ، إلا أنه يصلح للفسخ مجازًا، والأصل أنه متى تعذر العمل بحقيقة الكلام، أمكن العمل بمجازه كيلا يلغو، وجد من المتكلم ارادة المجاز أولم يوجد.

ألا ترى لو وهب المشترى المبيع من البائع قبل القبض كان إقالة وجد من المشترى ارادة الإقالة، أو لم توجد، وإن كانت الهبة حقيقتها للتمليك المبتدأ، لا للإقالة؛ لأنه يحتمل الإقالة مجازًا، ومتى حمل على الإقالة صحت، وعلى الهبة لا تصح، فعمل بمجازه، وجد منه ارادة المجاز أو لم يوجد، حملا لكلامه على الصحة.

فكذلك هذا، بخلاف ما لو قال: بعتك المسلم فيه برأس مال السلم؛ لأن البيع مما لايحتمل الإقالة، ألا ترى أن المشترى لو باع المبيع قبل القبض من البائع لم يجعل إقالة حتى لايصح، فحمل على التمليك المبتدأ، فصار مستبدلا المسلم فيه قبل القبض، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يصح -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثاني والعشرون
في الصلح عن العيوب

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

١٧٩٣٣- الأول : قال محمد في الأصل : وإذا اشترى الرجل من رجل عبداً بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، ثم وجد به عيبًا، وأنكر البائع أن يكون باعه، وهذا العيب به[1]، ثم صالحه البائع على أن يرد على المشترى دراهم مسماة حالة، أو إلى أجل، فهو جائز، وذلك لأن البائع إذا كان منكراً للعيب، ففى زعمه أنه حط عن المشترى بعض الثمن، أو أعطاه دراهم مسماة فداء عن اليمين والخصومة، وإنه جائز، وفى زعم المشترى أنه يأخذ حصة العيب من الثمن، إن وقع الصلح على جنس الثمن، وللمشترى أن يأخذ حصة العيب من الثمن متى وجد به عيبًا، وأعطاه البائع، ثم يجوز حالا ، ومؤجلا، إن كان حالا، فقد استوفى المشترى عين حقه؛ لأن حق المشترى حال إقدامهما على الصلح عن العيب يعتبر فى حصة العيب فى الثمن، لا فى الجزء الفائت بالعيب؛ لأن إثبات المعاوضة بين ما يأخذ من البائع، وبين الجزء الفائت بالعيب متعذر بطريق التمليك، وبطريق إسقاط حقه عن الجزء الفائت؛ لأن الجزء الفائت اعتبر قائمًا من حيث الحكم حتى استحقه المشترى بالبيع، فإن المعدوم مما لا يستحق، ولما استحق المشترى علمنا أنه اعتبر قائمًا حكمًا فيعتبر بما لو كان قائمًا حقيقة، ولو كان قائمًا حقيقة كان لا يجوز الاعتياض عنه لا بطريق التمليك، ولا بطريق الإسقاط، أما بطريق التمليك؛ لأن تمليك الأوصاف بعوض باطل، وبطريق الإسقاط؛ لأنه يكون غير العين، وإنها باطلة، وإذا تعذر تصحيح هذا الصلح بإثبات المعاوضة بين بدل الصلح، وبين الجزء الفائت تمليكًا، وإسقاطًا اعتبرت المعاوضة بين بدل الصلح، وبين حصته العيب من الثمن؛ لأن الجزء الفائت وإن كان وصفًا، إلا أنه يجوز أن يكون له حصة من الثمن حال فواته نفيًا للضرر عن المشترى كما لو حدث به عيب آخر عند المشترى، فجاز

(١) هكذا فى الأصل وف، وكان فى م: "وبه هذا العيب"، وفى ظ: فهذا العيب.

أن يعتبر له حصة من الثمن حالة الصلح نفيًا للضرر عن المشترى، فإنه متى لم يجز هذا الصلح تضرر به المشترى، فلهذا اعتبر حق المشترى فى حصة العيب من الثمن متى اصطلحا عن العيب على شيء، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن يعتبر استيفاء لحصة العيب من الثمن، وإن وقع على خلاف جنس الثمن يعتبر معاوضة بين المأخوذ، وبين حصة العيب من الثمن.

فإن قيل: أليس أنه لو صالح عن العيب على أكثر من حصته من الثمن يجوز، ولو كان حق المشترى فى حصة العيب من الثمن حالة الصلح عن العيب لكان لا يجوز الصلح على أكثر من حصة العيب من الثمن؛ لما فيه من الربا، وحيث جوزوا ذلك علمنا أن ما أخذ يعتبر عوضًا عن الجزء الفائت، لا عن حصة من الثمن.

والجواب عنه: المسألة على التفصيل: إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس فى مثلها، فهو جائز، وإن كانت بحيث لا يتغابن الناس فى مثلها على قول أبى يوسف ومحمد: لايجوز الصلح، وعلى قول أبى حنيفة: يجوز، وليس طريق الجواز على قوله: إن المأخوذ يجعل بدلا عن الجزء الفائت، ولكن طريقه أن يجعل البائع بمقدار حصة العيب، موفيًا[1] حصة العيب، وبقدر الزيادة يجعل حطًا عن المشترى عن ثمن الباقى، حتى إنه يجب على البائع رد الزيادة على حصة العيب من ثمن الباقى إن كان مقبوضًا.

هذا إن كان الصلح عن إنكار، وإن كان عن إقرار، يجوز أيضًا، ويكون المشترى مستوفيًا حصة العيب من الثمن فى زعمهما، فيجوز.

١٧٩٣٤- وإن صالحه من العيب على مائة دينار، فإن نقده قبل أن يتفرقا، فهو جائز، وإن افترقا قبل أن ينقده، بطل الصلح، وهذا لما ذكرنا أن حق المشترى حالة الصلح عن العيب يعتبر فى حصة العيب من الثمن، لا فى الجزء الفائت، وحصة العيب من الثمن دراهم، فإذا أخذ مكانه دينارًا، كان صرفًا فى زعمهما إن كان البائع مقرًا بالعيب، وإذا كان صرفًا إن قبض الدينار فى المجلس جاز، وإن لم يقبض حتى تفرقا، بطل الصلح؛ لأن قبض بدل الصرف شرط لجواز الصرف، وإن كان البائع منكرًا

---

(١) وفى الأصل: مؤديًا، وفى م: مستوفيًا.

للعيب ، ففى زعم البائع أن يزيد[1] له ديناراً ، فيكون ما بذله المشترى مقابلا بإزاء العبد والدينار ، فما يخص الدينار يكون صرفًا ، وفى زعم المشترى أنه يأخذ الدينار بدلا عن حصة العيب من الثمن فيكون صرفًا ؛ لأن الثمن دراهم ، وإن صالحه من العيب على ثوب بعينه ، فهو جائز ؛ لأن الصلح وقع عن حصة من العيب ، وإنه دين ، فيكون بيع عين بدين ، فيكون جائزاً .

١٧٩٣٥ - وإن صالحه على حنطة بعينها جاز ، وإن تفرقا قبل القبض ؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين ، وإن كان بغير عينه إن كان مؤجلا ، فإنه لا يجوز ؛ لأنه دين بدين ؛ لأنه صار مشتريًا ما ليس عنده ، وإن كان حالا إن كان قبض الحنطة قبل أن يتفرقا جاز ؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين ، وإن لم يقبض حتى تفرقا بطل الصلح ؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين ؛ لأن حصة العيب من الثمن دين للمشترى على البائع ، وإن قبضه البائع ؛ لأن المشترى لا يستحق عين المقبوض ثمنًا إذا كان المقبوض ثمنًا ، وإنما يستحق مثله دينًا فى ذمة البائع ، وكذلك لو كان العبد قد حدث به عيب لا يستطيع أن يرده ، أو مات عند المشترى ، أو أعتقه قبل أن يعلم بالعيب ، ثم علم بالعيب ، و وقع الصلح عن العيب جاز الصلح ، ولو قتله المشترى ، ثم اطلع على عيب به ، ووقع الصلح عن العيب لا يجوز الصلح .

والأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى تعذر الرد على المشترى ، ولكن له الرجوع بنقصان العيب إذا وقع الصلح عن العيب لا يجوز ، ومتى تعذر الرد على المشترى ، وليس له الرجوع بنقصان العيب ، إذا وقع الصلح عن العيب لا يجوز ؛ لأن فى الوجه الأول وقع الصلح عما هو حق المشرى ، وفى الوجه الثانى وقع الصلح عما ليس بحق للمشترى .

و عن هذا الوجه لو أعتقه بعد ما علم بالعيب ، ثم صالح عن العيب لا يجوز ؛ لأنه ليس له الرجوع بنقصان العيب فى هذه الصورة ، فإنما صالحه عما ليس بحق له ، وكذلك لو عرضه على البيع بعد ما علم بالعيب ، ثم صالحه عن العيب لا يجوز ؛ لما قلنا .

١٧٩٣٦ - وإذا اشترى الرجل عبداً بألف درهم ، وقبضه ثم باعه من غيره ، ثم

---

(١) وفى الأصل : أن يزيد بدله ديناراً .

اطلع على عيب يعني المشترى الأول، فصالح البائع الأول على دراهم، فإنه لايجوز؛ لأن المشترى لا يملك خصومة البائع بسبب هذا العيب بعد ما باعه من غيره، لا في الرد، ولا في الرجوع بنقصان العيب، وإذا بطل حقه في الرد، والرجوع بالنقصان بعد البيع، فإذا صالحه بعد ذلك، فإنما صالحه عما ليس بحق له، فكان الصلح باطلا.

١٧٩٣٧- فإن كان العبد قد مات في يد المشترى الثاني، ورجع على بائعه بنقصان العيب، ثم إن البائع الثاني صالح البائع الأول على صلح، فعلى قول أبي حنيفة الصلح باطل، وعلى قولهما الصلح جائز، وهذه المسألة فرع مسألة أخرى، وهي أن المشترى الثاني إذا رجع على بائعه، هل يرجع بائعه على البائع الأول أم لا؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يرجع، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله يرجع، والمسألة معروفة في البيوع، فإذا لم يكن للبائع الثاني الرجوع على بائعه عند أبي حنيفة، فإذا صالح معه على شيء، فقد صالح عما ليس بحق له، وعلى قولهما: لما كان للبائع الثاني الرجوع على البائع الأول، فإذا صالح، فقد صالح عما هو حق له فجاز الصلح.

ذكر في المأذون إذا حدث به عيب عند المشترى الآخر، فرجع على بائعه بالنقصان، ليس لبائعه أن يرجع على البائع، ولم يذكر فيه خلافًا، منهم من قال هو قول أبي حنيفة، ومنهم من فرق لأبي يوسف ومحمد بين المسألتين.

والفرق أن في تلك المسألة للبائع الأول أن يقول: سبيلك أن تقبل منه؛ لأقبل منك، فإذا لم يقبل، فأنت الذى فوت حقك، ولا يمكنه الاحتجاج عليه، بنحوه ههنا، فقلنا: بأنه يرجع عليه.

١٧٩٣٨- ولو أن رجلا اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا، وخاطه، ثم باعه بعد ذلك، أو لم يبعه حتى اطلع على عيب، أو كان البيع بعد ظهور العيب، ثم صالحه من العيب على دراهم كان جائزًا؛ لأن حقه قد تقرر في الرجوع بنقصان العيب بسبب الخياطة.

ألا ترى أنه لو كان في يده ليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فإنما صالح عن حقه، وكذلك إذا صبغه بصبغ أحمر، ثم باعه أو لم يبعه، حتى صالحه من العيب، ولو قطعه، ولم يخطه حتى باعه، ثم صالحه عن العيب لم يصح؛ لأن حقه لم يتقرر في الرجوع بنقصان العيب؛ لأن القطع المجرد نقصان.

ألا ترى أن للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فإنما صالح عما ليس بحق له، والسواد بمنزلة القطع المقرر عند أبي حنيفة، وعندهما بمنزلة القطع مع الخياطة.

١٧٩٣٩- وإن كان الثمن مكيلا، أو موزونًا بغير عينه، وبيّن الكيل والضرب وتقابضا، ثم وجدا بها عيبًا فصالحا، فإن وقع الصلح على بعض الثمن من جنسه فهو استيفاء، لا استبدال، فيجوز حالا ومؤجلا، سواء كان الثمن قائمًا فى يد المشترى، أو كان مستهلكًا.

١٧٩٤٠- وإن وقع الصلح على خلاف جنس الثمن، فهو معاوضة، ففى كل موضع حصل الافتراق فيه عن عين بدين، يجوز، وفى كل موضع حصل الافتراق فيه عن دين بدين، لايجوز.

١٧٩٤١- وإن كان الثمن مكيلا، أو موزونًا بعينه، فهو جائز إن كان الذى أخذه عوضًا عن الجارية مستهلكًا، وإن كان الذى هو ثمن قائم بعينه لم يجز الصلح على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلا، وجاز حالا، إذا أوفاه إياه قبل أن يتفرقا، أو كان بعينه؛ لأن الثمن فى هذه المسألة يعين فى العقد بالتعين، وكان حق المشترى فى عين ما أدى، وكان ما وقع عليه الصلح عوضًا عما استوجبه عليه، ومبادلة المكيل، والموزون بجنسه مؤجلا لا يجوز.

وفى المسألة الأولى الثمن استحق بالعقد دينًا، فإنما يرجع بحصة العيب من ذلك، لا من عين المقبوض، فجاز الصلح عن مثله حالا، ومؤجلا.

١٧٩٤٢- وإذا[1] صالحه من العيب على ركوب دابته فى حوائجه شهرًا، فهو جائز، هكذا ذكر محمد فى الكتاب، قالوا: تأويله إذا شرط ركوبه فى المصر، أما إذا شرط ركوبه خارج المصر، أو أطلق لا يجوز لمكان الجهالة، قالوا: قد نص على هذا التفصيل فى إقرار "الأصل".

١٧٩٤٣- وإذا صالحها من عيب الغلام على أن زوجت نفسها منه صح النكاح، وكان هذا إقرارًا بالعيب، ومعنى المسألة أنها زوجت نفسها منه على حصة العيب، وهذا لأن النكاح لا يصح إلا بمال، فجعل حصة العيب مهرًا يكون إقرارًا به ضرورة، وكان

(١) وفى ظ: إنما.

بمنزلة ما لو باعت منه ثوبًا بحصة العيب، كان ذلك إقرارًا منها بالعيب؛ لأن البيع لا يصح إلا بمال، فبعد ذلك ينظر إن كان حصة العيب عشرة، فهى مهرها، لا شىء لها غير ذلك، وإن كان أقل من عشرة أكمل لها عشرة.

١٧٩٤٤- وإذا طعن المشترى بعيب فى عين الجارية المشتراة، ثم صالح البائع من عيبها على شىء، جاز، وإن لم يسم العيب، وجعل تسمية محل العيب بمنزلة تسمية العيب -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٧٩٤٥- إذا صالحه عن كل عيب على دراهم معلومة جاز، سواء طعن المشترى بعيب، أو لم يطعن؛ لأن هذا إبراء عن العيوب المجهولة بعد وجود سبب الوجوب؛ لأن البيع هو السبب لثبوت حق الرد متى ظهر العيب، والإبراء بعد وجود سبب الوجوب جائز، وإن كان ما وقع الإبراء عنه مجهولا عندنا، خلافًا لابن أبى ليلى والشافعى.

١٧٩٤٦- ولو اشترى العيوب منه بدراهم معلومة لا يجوز؛ لأن شراءالعيوب، والصلح عنها بدراهم شراء حصة العيوب من الثمن، وصلح عن حصته من الثمن بدراهم، وذلك مجهول لا يدرى.

١٧٩٤٧- ومن كان له على آخر دراهم مجهولة، لا يعرفان قدر ذلك إذا اشتراها منه بدراهم معلومة، لا يجوز، ولو صالح منها على دراهم معلومة، يجوز استحسانًا؛ لأن الصلح يجوز من وجهين، و يفسد من وجه واحد إن كان بدل الصلح مثل المصالح عنه، أو أقل من المصالح عنه يجوز، ويكون استيفاء للبعض، وإبراء عن البعض، وإن كان بدل الصلح أكثر من المصالح عنه لا يجوز، فترجح جانب الجواز، فحكمنا بالجواز، والبيع يفسد من وجهين، ويجوز من وجه إن كان الثمن أقل، أو أكثر من الدين لا يجوز البيع، وإن كان الثمن مثل الدين يجوز البيع، فترجح جانب الفساد، فلم يجز.

١٧٩٤٨- ولو طعن المشترى بعيب، فصالحه البائع على أن أبرأه عن ذلك العيب، وعن كل عيب، فهو جائز، أما البراءة عن العيب المسمى فذلك قول الكل،

وأما البراءة عن العيوب الباقيات، فذلك مذهبنا، وفيه خلاف ابن أبي ليلى، وكان أبو حنيفة يحتاط في ذلك، ويقول: يكتب في صك الصلح: برئت من كل عيب سميته، وعرفته، أو يكتب في الصك أنه قد باع العبد، وخرج عن ملكه، ثم عاد إلى ملكه بصدقة، أو ما أشبه ذلك، أكثر ما في الباب أن هذا حيلة بالكذب، إلا أن الكذب مباح لإحياء حقه، ولدفع الظلم عن نفسه، كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل، بحيث لا يمكنه الإشهاد، فإذا أصبح يشهد، ويقول: علمت الآن، وكذلك الصغيرة تبلغ في جوف الليل، فإذا أصبحت قالت: بلغت الآن، واخترت نفسي، ورخص فيه، كذا ههنا.

١٧٩٤٩- وحيلة أخرى أن يعلق المشترى عتقه بمخاصمة في عيب يجد فيه، فإذا خاصمه عتق العبد، فلا يمكنه الرد، ولا الرجوع بنقصان العيب، ولو خاصمه في عيب، وصالحه عنه، ثم وجد به عيبًا آخر، فله أن يخاصمه فيه.

نوع آخر:

١٧٩٥٠- رجل اشترى من رجل أمة بخمسين دينارًا، وقبضها، ونقد الثمن، ثم طعن المشترى بعيب، فاصطلحا على أن يقبل البائع الجارية، ويرد على المشترى تسعة وأربعين دينارًا، فالرد جائز، وهذا ظاهر؛ لأن الرد إما أن يعتبر بيعًا جديدًا، أو فسخًا، وأي ذلك ما اعتبر كان جائزًا، وهل يطيب للبائع ما استفضل من الدينار، أو يلزمه الرد على المشترى؟ فهو على وجهين: إن كان البائع مقرًا بكون هذا العيب عنده، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: يلزمه الرد، وعلى قول أبي يوسف: لا يلزمه الرد، وهذا لأن البائع إذا كان مقرًا يكون هذا العيب عنده يكون هذا ردًا بالعيب في زعم البائع والمشترى جميعًا، والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي بمنزلة الإقالة، ولو أنهما تقايلا العقد على تسعة وأربعين دينارًا، تصح الإقالة، ويجب على البائع رد الثمن كله؛ لأنهما لا يجعلان الإقالة بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل من الثمن الأول بيعًا جديدًا بحال، وإذا لم يكن بيعًا جديدًا كان إقالة، والإقالة لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول، فوجب على البائع رد جميع الثمن على المشترى.

وعلى قول أبي يوسف : الإقالة بأكثر من الثمن الأول ، أو بأقل منه يعتبر بيعًا جديدًا ، إذا كانت الإقالة بعد القبض ، وإذا اعتبرت بيعًا جديدًا صار كأن البائع اشترى منه بتسعة وأربعين دينارًا بعد نقد الثمن الأول ، ولو كان كذلك ، كان ما استفضل البائع من الزيادة سالـمًا للبائع ، كذا هنا .

هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه ، وذكر القاضى المنتسب إلى إسبيجاب : أن على قول أبي يوسف : لا يطيب له أيضًا ، مع أن الإقالة بأكثر من الثمن الأول ، أو بأقل جائزة عنده ؛ لأن للمشترى حق الرد ، والقبول واجب على البائع ؛ لإقراره أن العيب كان عنده .

ألا ترى أن المشترى لو رفع الأمر إلى الحاكم ، فالحاكم يجبر البائع على الأخذ ، ولايجبر الحر على الإقالة ، فجاز أن يعتبر الإقالة بيعًا جديدًا أما ههنا ، فإن كان البائع جاحدًا كون هذا العيب عنده ، فهو على وجهين أيضًا : إن كان عيبًا لا يحدث مثله فى هذه المدة ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان البائع مقرًا بكون هذا العيب عنده ، وإن كان عيبًا يحدث مثله ، فإن ما استفضل البائع من الدينار يكون طيبًا له ؛ لأن هذا الرد اعتبر بيعًا جديدًا فى حق البائع ؛ لأن البائع زعم أنه ليس للمشترى حق الردلهذا العيب ؛ لأن هذا العيب لم يكن عنده ، وأنه بالاسترداد صار مشتريًا ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن ، ومن اشترى ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن ، فما استفضل يطيب له بخلاف ما إذا كان مقرًا بالعيب ؛ لأن فى زعمه أن للمشترى حق الرد بهذا العيب ، فإذا قبل منه بغير قضاء ، كان فسخًا فى حقهما ، لا شراء جديدًا ، والفسخ لا يجوز بأقل من الثمن الأول ، ولئن اعتبرنا هذا الرد فسخًا فى زعم البائع ، فكذلك تطيب الزيادة له إذا كان الدين مثل حصة العيب ؛ لأن فى زعم البائع أنهما فسخا العقد فى بعض المعقود عليه ، ولم يفسخا فى البعض ، وهو ما فات عند المشترى ؛ لأن ما فات عند المشترى لا يمكن فسخ العقد فيه ، وإذا انفسخ العقد فى البعض ، وتقرر فى البعض وجب على البائع رد الثمن بحصة ما انفسخ العقد فيه ، وكان له إمساك حصة ما تقرر العقد فيه ، وبخلاف ما لو كان مقرًا بالعيب ؛ لأنه زعم أن العقد قد انفسخ فى الكل ، ولم يحتبس عند المشترى شىء من المعقود عليه حتى يمسك من الثمن بقدر ما يحتبس عند المشترى ، فيرد الكل ، ولكن إنما يمكن اعتبار معنى الفسخ إذا كان الدينار مثل حصة العيب ، فأما إذا كان أكثر من حصة

العيب، فلا يمكن [1] اعتبار معنى الفسخ فى هذه الحالة؛ لأن الفسخ فى الباقى يقع بأقل من ثمن الباقى، فيعتبر فى هذه الحالة وجها آخر، وهو البيع الجديد؛ لأن إثبات عقد جديد بلفظ الرد جائز، فإنه لو قال: أرد عليك هذه الأمة بخمسين ديناراً، وقبل الآخر يثبت البيع، فمتى تعذر اعتبار معنى الفسخ، اعتبر بيعًا جديدًا.

ولم يذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" ما إذا لم يقر البائع بالعيب، ولم ينكروا العيب مما يحدث مثله، وذكر القاضى الإمام المنتسب إلى إسبيجاب: أنه يطيب له ما استفضل؛ لأن العيب لأقرب الأوقات ما لم يتبين بخلافه، فيجعل كأنه حدث عند المشترى، ويكون ما أمسك البائع بمقابلة ما فات فى يد المشترى.

١٧٩٥١- ولو كان أخذ من المشترى ثوبًا، وقبل منه السلعة على أن يرد عليه الثمن كله، كان الرد جائزًا؛ لما ذكرنا، وهل يطيب للبائع الثوب الذى أخذه من المشترى؟ فهو على التفصيل الذى ذكرنا فيما إذا احتبس البائع شيئًا من الثمن فى المسألة الأولى، إن كان البائع مقرًا بالعيب، فالثوب لا يطيب للبائع عند أبى حنيفة ومحمد، ويلزمه الرد على المشترى، وإن كان جاحدًا للعيب، والعيب عيب لا يحدث مثله، فكذلك الجواب، وإن كان يحدث مثله، فإنه لا يجب على البائع رد الثوب، ولو كان مكان الثوب دراهم، فإن كانت الدراهم إلى أجل، لا يجوز على كل حال، وإن قبض ذلك فى المجلس، فالجواب على التفاصيل التى ذكرنا.

١٧٩٥٢- وإذا اشترى من آخر ثوبًا، فقطعه قميصًا، ولم يخطه، ثم وجد به عيبًا، أقر البائع أنه كان عنده فصالحه البائع على أن يقبل البائع الثوب، وحط المشترى عنه من الثمن مقدار درهمين كان جائزًا، ويجعل ما احتبس عند البائع من الثمن بمقابلة ما انتقض بفعل المشترى.

نوع آخر:

١٧٩٥٣- طعن المشترى بعيب جحده البائع، فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة، ويأخذه هذا الأجنبى بما وراء المحطوط، ورضى به الأجنبى، فالبيع من

(١) وفى الأصل: فلا يمكن من اعتبار معنى... إلخ.

الأجنبى جائز ؛ لأن المشترى باع ملك نفسه ، و حط المشترى أيضًا جائز ؛ لأن حطه لا فى ملك نفسه أيضًا ، وهو الثمن ، ويكون هذا من المشترى رضى بالعيب ، وحط البائع الأول لا يجوز ؛ لأنه لاقى ملك الغير ؛ لأنه حط عن الأجنبى ؛ لأنه شرط الحط فى عقد الأجنبى ، وما شرطه فى العقد مطلقًا يكون مشروطًا للعاقد ، لا لغيره ، فصار الحط مشروطًا للأجنبى ، وليس للبائع الأول على الأجنبى ثمن ، وإنما الثمن على الأجنبى للمشترى الأول ، فهذا معنى قولنا : إن حط البائع الأول فى ملك الغير ، فكان باطلا ، ولا أنه لم يوجب ، فهذا فساد العقد ، وإن كان هذا شرطًا فاسدًا ، شرط فى العقد ؛ لأن الشرط الفاسد متى شرط فى العقد إنما يوجب فساد العقد إذا جرى بين المتعاقدين ، أما إذا جرى بين العاقد ، والأجنبى ، فإنه لا يوجب فساد العقد .

ألا ترى أن من قال لآخر : بعت منك هذا العبد بألف درهم على أن يقرضنى ؛ فلأن الأجنبى عشرة دراهم لا يفسد العقد ؛ لأن الشرط الفاسد جرى بين العاقد ، وبين الأجنبى ، وفى مسألتنا الشرط الفاسد جرى بين العاقد ، وبين الأجنبى ؛ لأنه جرى بين البائع الأول ، وبين الأجنبى المشترى ، والبائع الأول أجنبى عن هذا العقد ، ثم الأجنبى المشترى بالخيار إن شاء أخذ الجارية بتسعمائة وتسعين درهمًا ، وإن شاء ترك ؛ لأن الأجنبى المشترى إنما رضى أن يكون ثمن هذه الجارية ألف درهم ، إلا عشرين ، والآن يلزمه ألف إلا عشر ، فقد لزمه زيادة ثمن لم يرض به ، فيتخير كالمشترى من المريض إذا لزمه زيادة ثمن .

فإن قيل : المشترى لم يلزمه زيادة ثمن لم يرض به ؛ لأن الأجنبى علم أن حط البائع الأول لا يصح ، وحط المشترى الأول يصح ، فكان راضيًا بالتزام الألف إلا عشرة ، ولم يزمه زيادة على هذا ، وكان يجب أن لا يتخير ، وكان هذا بمنزلة ما قالوا فيمن قال لآخر : بعتك هذا العبد بألف درهم على أن يحط عنه فلان الأجنبى خمسمائة ، فإن الحط لا يصح ، ويلزمه ألف درهم ، ولا يتخير المشترى ؛ لأن المشترى علم ببطلان حط الأجنبى ، فكان راضيًا بالتزام الألف .

والجواب : هذا هكذا إذا كان بطلان الحط ظاهرًا للمشترى ، غير مشتبه عليه ، كما فى تلك المسألة التى استشهد بها ، فإن بطلان الحط غير مشتبه على المشترى هناك ؛ لأن

الحط أضيف إلى الأجنبى، فصار بطلان حط الأجنبى غير مشتبه، فكان المشترى راضيًا بالتزام الألف، فلهذا لا يتخير، فأما بطلان الحط من البائع الأول مشتبه؛ لأن البائع الأول حط العشرة مطلقًا، ولم يبين من يحط له، فاحتمل من حيث الظاهر أن يكون هذا الحط عن البائع الثانى، فيكون صحيحًا؛ لأن له ثمنًا على البائع، ثم البائع الثانى يصير بائعًا بما وراء المحطوط من الأجنبى بشرط أن يحط عنه عشرة، فعلى هذا الوجه يثبت الرضى بالتزام الألف إلا عشرين، إلا أنه من حيث المعنى مشروط للأجنبى؛ لأنه مشروط فى العقد مطلقًا، وما يكون مشروطًا فى القعد مطلقًا يكون مشروطًا للعاقد، لا لغيره.

١٧٩٥٤- وإذا كان بطلان الحط من البائع الأول مشتبهًا، لا يثبت الرضا من الأجنبى بالتزام الألف إلا عشرة، إنما يثبت الرضا عنه بالتزام الألف إلا عشرين، فقد لزمه زيادة ثمن لم يرضَ به، فخيرلهذا. وهذه المسألة تدل على أن المشترى إذا ظهر أنه صار مغبونًا على وجه لا يتغابن الناس فى مثله أنه يثبت له الخيار، وأدلة الكتب متعارضة ظاهر الجواب أنه لا خيار له.

١٧٩٥٥- عن محمد: فيمن اشترى صبرة حنطة، فوجد فى أسفله دكانا، فله الخيار، وإذا اشترى طعامًا فى حفيرة ثم علم مقداره فله الخيار، وهو خيار الكشف، وخيار الكمية، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى: كان القاضى الإمام يقول: الفقيه عبد الله كان يفتى بثبوت الخيار للمشترى إذا صار مغبونًا، وكان يقول: هب، كأن فى المسألة روايتان، فاختار هذه الرواية رفقًا بالناس.

١٧٩٥٦- ولو أن رجلا اشترى من رجل ثوبًا بعشرة دراهم، وتقابضا، وطعن المشترى بعيب، وجحد البائع، فدخل رجل فيما بينهما على أن يأخذ الثوب بثمانية، وعلى أن حط البائع الأول عن البائع الثانى درهمًا من الثمن، فإن هذا جائز، ويكون الثوب للمشترى بيعًا بثمانية، فإن وجد الرجل بالثوب عيبًا، رده على المشترى الأول، وأراد[1] به عيبًا آخر سوى العيب الذى حط البائع عن المشترى درهمًا لأجله؛ لأن الرجل علم بهذا العيب وقت الشراء، فيكون راضيًا به، فلا يرده به، إنما يرد إذا وجد به

(١) وفى الأصل: وإن رأى به عيبًا.

عيبًا آخر لم يرضَ به، وإنما يرد على المشترى الأول؛ لأن العقد جرى بينه، وبين المشترى الأول، فكان المشترى الأول هو الخصم له فى ذلك، فإذا رده على المشترى الأول هل للمشترى الأول أن رده على بائعه؟ فهذا على وجهين: إن قبله بغير قضاء لا يكون له الرد على بائعه؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء عقد جديد فى حق الثالث، والبائع الأول ثالث، فصار فى حق البائع الأول كأن المشترى الأول اشتراه ثانيًا، وإن قبل بقضاء كان له أن يخاصم بائعه، وأراد به عيبًا آخر غير العيب الذى حط عنه درهمًا؛ لأن المشترى الأول أبرأ عن العيب الذى حط عنه درهمًا.

١٧٩٥٧- وإذا اشترى الرجل ثوبًا بعشرة دراهم، وتقابضا، فسلمه المشترى إلى قصار ليقصر، فجاء به منخرقًا، فقال المشترى: لا أدرى أعند القصار تخرق، أو كان منخرقًا عند البائع، فاختصموا فى ذلك، واصطلحوا على أن يقبل المشترى الثوب، ويرد عليه القصار درهمًا، ويحط عنه البائع درهمًا، وعلى أن يأخذ القصار أجرة من المشترى، فذلك جائز، فقد جوز صلح المشترى مع القصار والبائع جميعًا؛ لأن صلح المشترى مع كل واحد منهما يجوز من وجهين، ويفسد من وجه، أما مع البائع فإنه يجوز الصلح معه إن كان الخرق كله أو بعضه عنده، ولا يجوز إن كان الخرق كله عند القصار، وأما مع القصار فإنه يجوز إن كان الخرق كله، أو بعضه عنده، ولا يجوز إن كان الخرق كله عند البائع، وكان الرجحان لجانب الجواز، وعلى المشترى أجرة القصار؛ لأنه استوفى عمله، وكذلك إذا وقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحوانى: هذا إشارة إلى أنه إذا صالحه على أن يقبل البائع، ويغرم له القصار درهمًا، ويترك له المشترى درهمًا، إنه يجوز، قال مشايخنا: وهو غلط؛ لأن اشتراط ترك الدراهم على المشترى إن كان صحيحًا؛ لأن البائع جاحد للعيب، فاشتراط الدراهم على القصار للبائع باطل؛ لأنه ما كان بينه وبين القصار سبب يستوجب الضمان به عليه، وفى زعمه أنه تملك الثوب ابتداء من جهة المشترى بعد ما تخرق فى يد القصار، فاشتراط أخذ الدرهم منه هدر، إلا أن يكون تأويله أن يضمن القصار الدراهم أولا للمشترى، ثم المشترى يدفع ذلك إلى البائع ليقبل المبيع منه، فحينئذٍ يجوز؛ لأن فى زعمه أنه يملك المبيع ابتداء، وهذه الزيادة بدل ما تلف عند القصار، فكان له أن يأخذ إذا رد جميع الثمن.

قال شيخ الإسلام: وتأويل المسألة أن يقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب من المشترى على أن يحط المشترى من البائع درهمًا، ويأخذ المشترى من القصار درهمًا، ويعطيه المشترى أجرة، ولم يرد أن يصالح المشترى مع البائع على أن يقبل البائع الثوب، ويحط عنه درهمًا، ثم البائع يصالح مع القصار، فيأخذ من القصار درهمًا، ويعطيه أجره؛ لأنه لا خصومة بين البائع والقصار، وليس بين البائع والقصار إجارة حتى يعطيه أجرة، فأما المشترى فله حق الخصومة مع البائع، والقصار، فيجوز صلحه معهم، ثم صلحه مع البائع على أن يقبل البائع الثوب، ويمسك درهمًا من الثمن جائز؛ لأنه يجوز من وجوه، ولا يجوز من وجه واحد، وإن كان الخرق كله عند القصار، أو بعضه عند القصار، أو بعضه عند البائع، أو بعضه عند المشترى يجوز الصلح، ويجوز له أن يمسك شيئًا من الثمن، وإن كان الخرق كله عند البائع، لايجوز الصلح، ولا يجوز له أن يمسك شيئًا من الثمن، فكان الرجحان لجانب الجواز، وكذلك صلح المشترى مع القصار صحيح؛ لأنه يجوز من وجهين، ولا يجوز من وجه، إن كان الخرق كله عند القصار، أو بعضه يجوز الصلح، وإن لم يكن الخرق كله عند القصار، لايجوز، وكان الرجحان لجانب الجواز، وتكون أجرة القصار على المشترى؛ لأن المشترى هو المستأجر للقصار.

نوع آخر:

١٧٩٥٨- رجل أمر رجلا أن يشترى له جارية بثمن مسمى، فاشترى المأمور الجارية، وقبضها، فظهر بها عيب، فصالح البائع الآمر من العيب على صلح، فالقياس أن يكون الصلح باطلا، وفى الاستحسان: يكون جائزًا، وجه القياس أن الآمر بهذا الصلح يبطل حق الوكيل فى الرد بالعيب عليه؛ لأن الرد بالعيب حق الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد، فيكون للعاقد، وهو الوكيل، فلا يصح الصلح كيلا يبطل على الوكيل هذا الحق، ألا ترى أن الموكل لو قبض المشترى لا يصح قبضه قياسًا؛ لما فيه من إبطال حق الوكيل فى القبض، وجه الاستحسان: أن الآمر تصرف فى ملكه فصح، وإن كان فى إبطال حق الوكيل، ألا ترى أنه لو قبض المشترى من البائع صح استحسانًا، وإن كان فيه إبطال حق على الوكيل، وكذلك إذا قبض الآمر بالبيع الثمن من المشترى صح

استحسانًا، وإن كان فيه إبطال حق على الوكيل، كذا ههنا.

١٧٩٥٩- وإذا اشترى الرجل عبدًا بثمن مسمى وتقابضا، ثم طعن بعيب، قد زعم أن البائع قد دلسه له ، فصالحه البائع على أن حط عنه من الثمن طائفة على أن أبرأه عن كل عيب، وأقام رجل آخر بينة أنه كان أمره أن يشترى هذا العبد له، وقال: لا أرضى بصلحه، فإن الصلح يلزم المشترى، ولا يلزم الآمر؛ لأن بإقامة البينة ظهر أن المشترى كان وكيلا بشراء هذا العبد، وقد رضى بالعيب ببدل، والوكيل بالشراء إذا رضى بالعيب ببدل، أو بغير بدل يلزم الوكيل، ولا يلزم الآمر، عرف ذلك في موضعه -والله أعلم-.

الفصل الثالث والعشرون
فى صلح المكاتب والعبد التاجر

١٧٩٦٠ - قال محمد رحمه الله: وإذا صالح المولى مكاتبه من مكاتبته على ألف درهم على أن عجل له بعض المكاتبة قبل حلها، أو حلت المكاتبة، فزاد المكاتب مالا للمولى حتى يزيد له فى الأجل، فإنه يجوز فى قول علمائنا، وقال الشافعى: لا يجوز، وأجمعوا أنه لو باع من مكاتبه درهمًا بدرهمين فإنه لا يجوز، والأصل أن ما كان فيه صريح الربا لا يجوز بين المولى، ومكاتبه، وما كان فيه شبهة الربا يجوز بين المولى، ومكاتبه؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ومبادلة الأجل بالمال ليس فيه صريح الربا، فيجوز بين المولى، ومكاتبه.

قال: ولو صالحه بعد ما حلت المكاتبة على أن أخر بعضًا، وعجل له بعضًا، كان جائزًا؛ لأن هذا الصلح فيما بين الحرين يجوز؛ فلأن يجوز فيما بين المولى، ومكاتبه، ويجوز فيما بينهما ما لا يجوز بين الحرين أولى وأحرى.

١٧٩٦١ - ولو صالحه من المكاتبة، وهى على دراهم على دنانير عجلها له كان جائزًا؛ لأن هذا يجوز فيما بين الحرين؛ فلأن يجوز فيما بين المولى، ومكاتبه أولى، قال: ولو صالحه على دنانير إلى أجل لم يجز؛ لأنه دين بدين، ولأنه صرف إلى أجل، فيحرم النساء، وحرمة الدين بالدين، وحرمة النساء أمر ظاهر، لم يختلف العلماء فى إباحة ذلك، وحرمته، وما كانت حرمته ثابتة ظاهرًا، فالمكاتب فى حق المولى بمنزلة الحر، كما لو باع درهمًا بدرهمين.

فأما حرمة الاعتياض عن الأجل أمر خفى، اختلف الصدر الأول فى جواز ذلك، وفساده، لو جرى بين الحرين، جوزه ابن عباس، وأبطله زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، والربا الخفى لا يجرى بين المولى، ومكاتبه، وهذا لأن المكاتب حر يدًا، مملوك رقبةً، فألحقناه بالحر فى حق الربا الجلى، وفى حق الربا الخفى ألحقناه بالعبد توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان.

قال: ولو كانت المكاتبة دراهم، فاصطلحا على أن أبطل الدراهم، وجعلا الكتابة على كذا كذا ديناراً كان جائزاً، فرق بين هذا، وبينما إذا صالحه من الدراهم على دنانير إلى أجل، ذكر أنه لا يجوز؛ لأنه متى صالحه من الدراهم على دنانير إلى أجل، فالدنانير إنما جعل بدلا عن الدراهم، فيكون مصارفة إلى أجل، وإنه باطل، فأما في هذه المسألة فسخا الكتابة على الدراهم، وجددا الكتابة على الدنانير، فيكون الدنانير بدلا عن الرقبة، وبدل الرقبة يجوز أن يثبت حالا، ومؤجلا.

قال: ولو صالحه على أن أبطلا الكتابة بالدراهم، وجعلا المكاتبة وصفين إلى أجل، فحل الأجل، فصالحه من ذلك على أربعمائة إلى سنة، كان ذلك جائزاً؛ لأنه تأجيل لعين الواجب، فإن الواجب له بتسمية الوصف أحد شيئين: إما الوصف، أو القيمة، حتى لو أتى بالقيمة أجبر على القبول، والقيمة دراهم أو دنانير، فيكون تأجيلا لعين الواجب، ولا يكون مبادلة، فيكون جائزاً.

قال: ولو كانت المكاتبة ألف درهم، فادعى المكاتب أنه قد أداها، وجحد المولى ذلك، فصالحه على أن يؤدي خمس مائة، ويبرئه عن الفضل، كان جائزاً؛ لأن هذا الصلح يجوز فيما بين الحرين، فبين المولى، ومكاتبه أولى.

١٧٩٦٢- قال: وإذا ادعى المكاتب على رجل ديناً، فجحده الرجل، فصالحه المكاتب على أن حط عنه النصف، وأخذ النصف: هل يجوز هذا الصلح؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون للمكاتب على ذلك بينة، أو لم يكن، فإن كان للمكاب على ذلك بينة، فإن الحط لا يجوز، ويأخذ منه الباقي؛ لأنه متى كان على ذلك بينة، فقد تمكن من أخذ جميع الدين، فإذا حط العين مع إمكان الأخذ كان هذا تبرعًا منه، والمكاتب لا يملك ذلك، فأما إذا لم يكن على ذلك بينة، فليس للمكاتب إمكان الأخذ إنما له مجرد الدعوى والخصومة، والمال وإن قل، فهو أنفع من مجرد الدعوى والخصومة، وهذا بمنزلة الأب، أوالوصي إذا ادعى دينًا على رجل للصغير، ثم صالحه من ذلك على النصف، إن كان على الدين بينة عادلة للصبي، فالصلح باطل؛ لأنه تبرع، وإن لم يكن على الدين بينة عادلة للصبي، فالصلح جائز؛ لأنه ليس للصبي إلا مجرد الدعوى، والمال وإن قل، فهو خير من مجرد الدعوى.

١٧٩٦٣- هذا إذا حط المكاتب، فأما إذا أخر، قال: يجوز تأخيره إذا كان الدين من غير قرض؛ لأن التأجيل من صنيع التجار، ولهذا ملكه العبد المأذون، فيكون معتبراً بسائر التجارات، وسائر التجارات تنفذ من المكاتب، فكذا التأجيل أيضًا، ثم إنما يصح تأجيله إذا وجب الدين، لا من قرض، فأما إذا وجب بالقرض، فإنه لا يصح تأجيله؛ لأن تأجيل الحر القرض لا يصح، فكذا تأجيل المكاتب، بل أولى.

فإن قيل: من الحر إنما لا يصح ؛ لأن القرض صحيح من الحر، والتأجيل فى العرض باطل، فأما القرض من المكاتب لا يصح، فيجب أن يجعل القرض منه بيعًا؛ لأن فى القرض معنى البيع، فإنه تمليك ببدل، فيجعل بيعًا من المكاتب؛ لأنه ملك المبيع، وإذا جعل بيعًا صاركأنه باع منه دراهم بدراهم، فيكون صرفًا، فإذا دفع المكاتب ما باع من الدراهم، وهلك فى يد المشترى، ثم أجل ما وجب عليه من مثل المقبوض يكون جائزًا.

الجواب عنه: قلنا: هذا[1] هكذا أن لو أمكن أن يجعل القرض كتابة عن البيع، ولايمكن؛ لأن القرض عارية حكمًا، والعارية لا تصح كتابة عن البيع؛ لأنه لا موافقة بينهما فى المعنى الخاص، فإن أحدهما لتمليك المنفعة، والآخر لتمليك العين، والعين مع المنفعة مختلفان، ولا تصير العارية سببًا للملك العين بحال من الأحوال، حتى يجعل كناية عن البيع من حيث إنه سبب له، كالهبة فى باب النكاح، وإذا تعذر أن يجعل بيعًا كان قرضًا فاسدًا، والفاسد من العقد يلحق بالصحيح، فكما لايثبت الأجل فى القرض الصحيح، فكذا لا يثبت فى القرض الفاسد.

١٧٩٦٤- قال: وإذا باع المكاتب جارية، وطعن المشترى فيها بعيب، فصالحه على أن حط عنه شيئًا من الثمن، فإنه يجوز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز، وجه القياس، وهو أن هذا تبرع، واصطناع معروف؛ لأن ما فات بالعيب لا حصة له من الثمن إذا كان الرد ممكنًا، حتى لو أراد المشترى أن يرجع عليه بنقصان العيب، ويمسك المبيع، ليس له ذلك بغير رضا البائع، وإذا لم يكن للفائت بالعيب حصة من الثمن، كان حط بعض الثمن تبرعًا، واصطناع معروف.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: قلنا: الجواب عنه هكذا. . . إلخ.

وجه الاستحسان: أن الحط لأجل العيب من صنع التجار يفعلون ذلك كيلا يرد عليهم، فيلزمهم البيع بأقل مما بقى من الثمن بعد الحط، وما كان من صنع التجار، فإنه يملكه المكاتب كالتأجيل؛ لأنه سبب لا مكان القبض، فملكه المكاتب، فكذا هذا بخلاف الحط من غير عيب؛ لأنه تبرع محض، وليس من صنيع التجار، فلا يملكه المكاتب، ثم إذا حط شيئًا من الثمن للعيب إن كان ما حط مثل نقصان العيب، أو أكثر بحيث يتغابن الناس فى مثله، أو أقل، فإنه يجوز عندهم جميعًا، فأما إذا كان أكثر من نقصان العيب، بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، تكون المسألة على الاختلاف، يجوزعند أبى حنيفة، ولا يجوز عندهما، كما لو اشترى المكاتب، أو باع بغبن، لا يتغابن الناس فى مثله، فإنه لا يومًا، ويجوزعند أبى حنيفة، فهذا على ذلك.

١٧٩٦٥ - قال: ولو ادعى رجل على المكاتب دينًا، فجحده المكاتب، ثم صالحه على أن أدى إليه بعضه، وحط عنه بعضًا، فإن هذا جائز؛ لأن هذا تبرع على المكاتب، والتبرع على المكاتب جائز، إنما لا يجوز التبرع منه، فرق بين هذا، وبنيما إذا صالح الأب، أو الوصى بشيء من مال الصغير مع مدعى الدين على الصغير، وليس للمدعى بينة، قالوا: لا يجوز، واعتبروا ذلك تبرعًا، وجوزوا ذلك من المكاتب.

ووجه الفرق بينهما أن حجر المكاتب عن هذا الصلح لا يفيد؛ لأنه لو أقر بما ادعاه المدعى، صح إقراره، فمتى حجرناه عن الصلح، يقر بذلك فالحجر لا يفيد، فجوزنا صلحه متى جوزنا إقراره، فأما حجر الأب، والوصى مفيد، فإنه إن لم يجز الصلح، لم يجزإقرارهما على الصغيربما يدعيه المدعى، فإذا لم يجزإقرارهما على الصغير بما يدعيه المدعى، لم يجز صلحهما على الصغيرإذا لم يكن للمدعى بينة.

١٧٩٦٦ - قال: وإذا عجز المكاتب، فادعى رجل قبله دينًا، فاصطلحا على أن أخذ بعضًا، وأخر بعضًا، هل يجوز؟ فهذا على وجهين: إما أن بقى فى يد المكاتب شيء مما اكتسبه حالة الكتابة، أو لم يبقَ فى يده شيء، فإن لم يبقَ فى يده شيء، فإنه لا يجوز هذا الصلح؛ لأنه لايجوز الإقرار بما ادعاه إذا لم يبقَ فى يده شيء من الكسب عندهم جميعًا، فكذا لا يجوز صلحه، وإنما يريد بقوله: لا يجوز أى لا يجوز فى حق المولى حتى لا يؤاخذ به العبد للحال، فأما فى حق العبد، فيكون جائزًا، يتبع به بعد

العتاق إذا كان بالغًا مخاطبًا إلا أن يقوم عليه بينة بذلك قبل العجز ، فإنه حينئذٍ يجوز صلحه ؛ لأنه يملك أيضًا هذا الدين ؛ فلأن يملك الصلح عنه ، وإنه يجوز بدون الحق أولى ، وإن كان بقى فى يده شىء مما اكتسبه فى حالة الكتابة ، جاز الصلح عند أبى حنيفة ، وإن لم يكن للمدعى على ذلك بينة ؛ لأنه يجوز إقراره عند أبى حنيفة ، وعندهما لايجوز إقراره بعد العجز ، و إن بقى فى يده شىء مما اكتسبه ، فكذا لا يجوز صلحه .

١٧٩٦٧ - قال : وإن ادعى مولى المكاتب عليه دينًا ، فصالحه المكاتب على أن حط عنه بعضًا ، وأخذ منه بعضًا ، فهذا جائز ؛ لأن إقراره يجوز للمولى ، فيجوز صلحه مع المولى ، كما لو صالح مع الأجنبى ، وإن ادعى المكاتب على مولاه مالا ، وجحد المولى ، فصالحه على أن حط بعضه ، وأخذ بعضه ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو ادعى على أجنبى إن كانت له بينة على ذلك لم يجز ، وإن لم له بينة على ذلك جازصلحه ؛ لما بينا فى الأجنبى .

١٧٩٦٨ - وإذا كان للعبد التاجر دين على رجل ، فصالحه على أن حط عنه بعضًا ، وأخذ منه بعضًا ، فالجواب فيه كالجواب فى المكاتب إن كان للعبد بينة لا يجوز الصلح ، وإن لم يكن له بينة يجوز الصلح .

١٧٩٦٩ - ولو ادعى رجل على العبد التاجر دينًا ، فصالحه العبد عن جحود ، أو عن إقراره على أن حط عنه الثلث ، وأخر الثلث ، وأدى العبد الثلث ، فهو جائز ؛ لأن إقراره للمدعى بالدين جائز ، فكذا صلحه .

ولو حجر المولى عليه ، ثم ادعى رجل عليه دعوى ، لم يكن للمدعى بينة ، فصالح العبد معه ، فإن لم يكن فى يده مال من كسب التجارة ، لا يجوز الصلح ، يريد بقوله : لا يجوز الصلح فى الحال فى حق المولى ، فأما فى حق العبد ، فهو جائز ، حتى يتبع به بعد العتق ، وإن كان فى يده مال من كسب التجارة ، فالمسألة على الاختلاف الذى ذكرنا فى المكاتب ، وإذا كان فى يد العبد المحجور عليه متاعًا لمولاه ، فاستهلك رجل ذلك المتاع ، فصالحه العبد من ذلك على دراهم ، فالجواب فيه كالجواب فى المودع إذا صالح عن الوديعة المستهلكة .

١٧٩٧٠- ولو أن عبداً محجوراً عليه ادعى على عبد تاجر دينًا، وصالحه على بعض ما ادعاه ، فإن كان للمدعى على ذلك بينة ، لا يجوز الصلح ، وإن لم يكن له بينة ، جاز ، ولو كان المدعى عبدًا تاجراً، والمدعى عليه عبداً محجوراً، لا يجوز هذا الصلح سواء كان للمدعى بينة ، أو لم يكن ، إن لم يكن له بينة لا يجوز الصلح لحق مولى المدعى عليه ؛ لأنه التزم مالا بقوله ، وهو محجور عليه ، فلا تصح فى حق المولى ، ولكنه يتبع به بعد العتق ، وإن كان للمدعى بينة لايجوز الصلح لحق مولى المدعى -والله أعلم- .

الفصل الرابع والعشرون
فى صلح أهل الذمة

١٧٩٧١ - كل صلح جاز بين المسلمين جاز فيما بين أهل الذمة، وما لا يجوز بين المسلمين لايجوز بين أهل الذمة ما خلا خصلة واحدة، وهو الصلح على الخمر والخنزير، فإنه يجوز الصلح عليهما فيما بينهم.

الفصل الخامس والعشرون
فى الصلح فى الرهن والبيع الفاسد والصدقة

١٧٩٧٢ - وإذا ادعى رجل عبداً فى يدى رجل أنه رهنه إياه بمائة درهم، كانت له عليه، فقال الذى فى يده العبد : عبدى، والمائة لى عليك، فاصطلحا على أن يبرئه المرتهن من المائة التى ادعى عليه، ويزيد له خمسين ، ويترك المدعى الخصومة فى العبد، فهذا الصلح جائز ؛ لأن فى زعم مدعى الرهن أن العبد ملكه، وأنه باعه من المرتهن بخمسين درهمًا، وفى زعم المدعى عليه أن العبد ملكه، وله على المدعى مائة درهم، وأنه يترك المائة ، ويعطيه خمسين درهمًا افتداء عن الخصومة واليمين، وكل ذلك جائز، وإن أقر المرتهن بعد هذا الصلح أن العبد كان رهنًا فى يده، لا ينتقض الصلح ؛ لأن المدعى صار بائعًا العبد من المرتهن بمائة وخمسين درهم، وكان الصلح عن تراض، فلا ينتقض بإقرار المرتهن بعد ذلك .

١٧٩٧٣ - قال : ولو كان العبد فى يد المرتهن ، فقال : رهنته منى بمائة لى عليك، وقال الراهن : لك على مائة ، إلا أنى ما رهنت العبد منك ، فاصطلحا على أن زاده المرتهن خمسين درهمًا قرضًا، وعلى أن يكون العبد رهنًا بالمائة والخمسين، فهذا الصلح جائز ؛ لأن من زعم المرتهن أنه رهن العبد الآن بمائة عليه بشرط أن يقرضه المرتهن خمسين درهمًا، والرهن بما عليه صحيح، والرهن بشرط أن يقرضه المرتهن مالاصحيح، فقد جمع بين أمرين، كل واحد صحيح حالة الانفراد، فيكون صحيحًا حالة الاجتماع أيضًا .

ثم قال : ويصير العبد رهنًا بالمالين يعنى بالمائة والخمسين، وهذا الجواب ظاهر على قول أبى يوسف ؛ لأن من مذهبه أن المرتهن زاد فى الدين ليصير الرهن رهنًا بالزيادة أيضًا، فعلى قول أبى يوسف : يصير رهنًا بالمالين، مشكل على قولهما ؛ لأن على قولهما : لا يصير الرهن رهنًا بالزيادة، بل يكون رهنًا بأصل الدين، وفى زعم المرتهن ههنا أن العبد كان رهنًا بمائة كانت للمرتهن على الراهن، وأن الخمسون زيادة، فكيف

يصير رهنًا بمائة وخمسين على قولهما؟

والجواب أن المرتهن إن زعم أن الخمسين زيادة، فالراهن زعم أنه ليس بزيادة، فإنه يقول: العبد لم يكن رهنًا قبل هذا، وإنما صار رهنًا الآن بالمائة و الخمسين، والخمسون أصل الدين بزعم الراهن، وليست بزيادة، فجعلناه رهنًا بالمائة والخمسين بناء على زعم الراهن، فقد اعتبر زعم الراهن، ولم يعتبر زعم المرتهن؛ لأن عقد الرهن عقد إيفاء حكمًا، فيعتبر بحقيقة الإيفاء، ولو أوفاه المديون مائة وخمسين، وقال: الكل إيفاء، وقال صاحب الدين: المائة إيفاء، والزيادة أمانة عندى، لا يلتفت إلى قول صاحب الدين، وكان القول ما يقوله المديون، ويصير موفيًا المائة والخمسين، كذا ههنا.

١٧٩٧٤- وإن اصطلحا على أن يهب منه المرتهن خمسين درهمًا على أن يجعل الراهن العبد رهنًا بالمائة، فإن هذا الصلح فاسد؛ لأن فى زعم الراهن أن العبد لم يكن رهنًا، وإنما رهنه الساعة بالمائة بشرط أن يهب له المرتهن خمسين درهمًا لأجل الرهن، فيكون رهنًا بجعل، والرهن بجعل باطل؛ لأن عقد الرهن عقد إيفاء، فيعتبر بحقيقة الإيفاء، ولو أوفاه المديون مائة على أن يهب الطالب منه خمسين درهمًا كان باطلا؛ لأنه رشوة؛ لأنه يأخذ مالا لإقامة الغرض، وهذا هو عين الرشوة، وفى زعم المرتهن أن العبد كان عنده رهنًا بالمائة، إلا أن الراهن لما جحد، وأبى أن يعترف بدلت له خمسون درهمًا ليقر بذلك، ومن أخذ مالا ليقر بحق كان عليه لايجوز، ويكون رشوة، فقد زعما فساد هذا الصلح، فيحكم بفساده، وللمرتهن أن يرجع فى هبته؛ لأنه إنما وهب بشرط أن يحصل له الرهن، ولم يحصل، وللراهن أن يرجع فى رهنه؛ لأنه إنما رهن بشرط أن يسلم له الهبة، ولم يسلم.

١٧٩٧٥- ولو اصطلحا على أن يبرئه المرتهن عن خمسين من المائة على أن يجعل الراهن العبد رهنًا بالخمسين الباقية، فهذا جائز، ولو ادعى المرتهن ثوبًا فى يد الراهن أنه رهنه إياه بعشرة دراهم، أقرضه اياه، وأقر أنه لم يقبض الرهن، وقال الراهن: لك على عشرة دراهم، إلا أنى لم أرهنكه، فاصطلحا على أن يحط المرتهن عنه درهمًا ليرهنه الراهن الثوب، فهو جائز، وكذلك لو اصطلحا على أن يقرضه المرتهن درهمًا ليجعل العبد رهنًا عنده، فهو جائز، وكذلك لو اصطلحا على أن يرهنه اياه ليحط عنه درهمًا،

ويقرضه درهمًا جمعا بين الحط والزيادة، فإنه جائز أيضًا، فإن لم يدفع إليه الثوب، وبدا له فى إمساكه، فله ذلك لأن الرهن لا يصير لازمًا فى حق الراهن إلا بالتسليم، ولم يوجد التسليم، إلا أن الحط لايثبت؛ لأن الحط كان بشرط الرهن، ولم يعطِهِ الرهن، فلا يسلم له الحط.

١٧٩٧٦- ولو رهن رجل رجلا متاعًا بمائة درهم، وقيمة المتاع مائتا درهم، وهلك الرهن فى يد المرتهن، واختلف الراهن، والمرتهن، فقال المرتهن: هلك المتاع عندى، وقال الراهن: لم يهلك، فاصطلحا على أن يرد عليه المرتهن خمسين درهمًا، وأبرأه من المائة، فالصلح باطل فى قول أبى يوسف، و هذا لأن الصلح وقع عن الزيادة على الدين؛ لأن قدر الدين صار مستوفى بهلاك الرهن، والزيادة على الدين أمانة فى يد المرتهن، وصاحب الأمانة إذا صالح مع الأمين بعد ما ادعى الأمين الهلاك، لا يجوز الصلح، وقد ذكرنا المسألة من قبل.

ولو أقر المرتهن أنه باع المتاع بمائة درهم، وقال الراهن: وكلتنى بالبيع، وقال المرتهن: ما وكلتك بالبيع، وقيمة الرهن مائتا درهم، فاصطلحا على أن أبرأه من المائة، وزاد له المرتهن خمسين درهمًا، كان ذلك جائزًا، فإن ظهر المتاع بعد ذلك عند المرتهن، وقال: ما كنت بعت، فالصلح جائز، ولا سبيل لصاحب المتاع على المتاع، ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن الراهن مات، فادعى رجل أن المتاع له، وأنه كان أعاره ليرهنه، فاصطلحا على أن أقر المرتهن بذلك، فإن المرتهن لا يصدق على ورثة الراهن.

١٧٩٧٧- وإذا باع المسلم من المسلم خادمًا بخمر بعينها، فاصطلحا على أن يسلم الجارية للمشترى بهذه الخمر، وبمائة درهم يعطيها المشترى للبائع، فإن هذا لايجوز؛ لأنه صلح شرط فيه الخمر، فيكون فاسدًا كالبيع إذا شرط فيه الخمر، وإن اصطلحا على أن يسلم الخادم للمشترى بمائة درهم من غير خمر، كان جائزًا؛ لأن البائع بهذا الصلح صار بائعًا هذه الجارية بمائة درهم بعد ما باعها بخمر، فيضمن إقداهما على البيع الثانى فسخًا للأول.

ألا ترى أن الأول لو كان جائزًا، ينفسخ الأول بالثانى، فإذا كان الأول فاسدًا أولى.

١٧٩٧٨- وإذا كانت الدار فى يدى رجل، فادعى أن فلانًا تصدق بها عليه، وقبضها، وقال فلان: وهبتها لك، و أنا أريد الرجوع فيها، فاصطلحا على مائة درهم على أن يسلم له الدار بصدقه، فهو جائز، ولا يستطيع الرجوع فيها بعد الصلح؛ لأن فى زعم مدعى الهبة أنه وهبها منه، ولم يأخذ منه عوضًا، فبهذا الصلح يأخذ عوض هبته، وفى زعم مدعى الصدقة أنه تصدق بها عليه، وقبضها، إلا أنه لما أنكر الصدقة، وصالحه على مائة درهم، فقد اشترى منه الصدقة ثانيًا، والمتصدق عليه إذا اشترى الصدقة ثانيًا من المتصدق كان جائزًا، وكان إقدامهما على بيع الصدقة متضمنًا فسخ الصدقة، والصدقة مما تحتمل الفسخ بعد تمامه ما دامت الصدقة قائمة فى يد الفقير، فإن المتصدق لو رجع فى الصدقة، ورضى به الفقير جاز.

١٧٩٧٩- قال محمد عقيب هذه المسألة: ولا يستطيع مدعى الهبة الرجوع فى الدار؛ لأن فى زعم مدعى الهبة أنه أخذ عوض هبته، وفى زعم مدعى الصدقة أنه اشتراها ثانيًا، ولا رجوع للبائع فيما باع، فقد تصادقا على أنه ليس لصاحب الدار حق الرجوع، وكذلك لو أقر الذى فى يديه الدار أنها هبة، وأراد الواهب أن يرجع، فصالحه على مائة حتى تسلم له الدار، جاز؛ لأن ما أخذ صاحب الدار يكون عوضًا عن الهبة فى زعمهما.

١٧٩٨٠- وإذا جحد رب الدار الهبة، والصدقة، وأراد أخذ داره، فصالحه الذى فى يديه على ثوب على أن يسلم له الدار بما ادعى من الصدقة، جاز، وذلك لأن من زعم المنكر للصدقة، أو الهبة أنه يبيع الدار منه بما يأخذ من المال، فيكون جائزًا، ومن زعم المدعى أنه بهذا الصلح يعوض عن هبته، وإن كان مدعى الصدقة من زعم أنه اشترى الصدقة من المتصدق ثانيًا، والمتصدق عليه بعد ما قبض الصدقة إذا اشترى الصدقة ثانيًا من المتصدق يتضمن ذلك فسخ الصدقة، وتجديد بيع عليها.

قال: وإذا اصطلحا على أن يكون الدار بينهما بالسوية نصفان على أن رد الذى فى يديه الدار مائة درهم، فالصلح جائز، وذلك لأن هذا الصلح جائز فى زعمهما، فى زعم صاحب الدار أنه لم يهب منه شيئًا، ولم يتصدق عليه إلا أنه يبيع منه الدار بهذا المال، فيكون جائزًا، وفى زعم المدعى إن كان مدعيًا للهبة أن الواهب رجع فى نصف

الهبة، ورضيت أنا بذلك لما صالحته بالنصف، عوضت بالمائة النصف الآخر، وإن كان مدعيًا للصدقة، ففى زعمه أنه رجع فى نصف الصدقة، ورضى به المتصدق عليه، والرجوع فى الصدقة جائز إذا رضى به المتصدق عليه، والنصف الذى بقى عنده اشترى منه ثانيًا، فانقسمت الصدقة أيضًا فى هذا النصف، وصار مشتريًا لهذا النصف بالمائة، وأنه جائز، ففى زعمهما جميعًا جواز هذا الصلح، فيحكم بالجواز.

ثم قال محمد فى "الكتاب": ويجوز الصلح على النصف، وإن كان غير مقسوم، وذلك؛ لأن من زعم المنكر أنه باع منه نصف دار شائع، وأنه جائز، ومن زعم المدعى أن ادعى الهبة أن الواهب رجع فى نصف شائع، والرجوع فى نصف شائع جائز، وإن كانت الهبة لا تجوز فى نصف دار شائع، وإن كان مدعيًا للصدقة، ففى زعمه أنه اشترى منه نصف الصدقة شائعًا، ورضى بفسخه الصدقة فى النصف الآخر شائعًا، وأنه جائز، وإن كان لا تجوز الصدقة بنصف الدار شائعًا.

١٧٩٨١- قال: وإذا كان فى يدى رجل عبد، فادعى رجل أنه تصدق عليه، وقبضه، وجحد الذى فى يديه العبد ذلك، وافتدى منه الذى فى يديه العبد بثوب، فدفعه إليه، صالحه على أنه برىء من دعواه فى هذا العبد، فهو جائز، فذلك لأن من زعم المدعى للصدقة أن الصدقة قد تمت، وصار العبد ملكًا لى بالصدقة، إلا أنى بايعته ثانيًا بما أخذت منه من الثوب، وأنه جائز، ومن زعم المنكر أنه إنما يعطى بفدى عن اليمين، والخصومة، وأنه جائز، فكان جائزًا فى زعمهما، فإن كانا ميتين، فورثتهما فى ذلك يقومون مقامهما؛ لأن الوارث قائم مقام الميت.

الفصل السادس والعشرون
فى المتفرقات

١٧٩٨٢- قال محمد رحمه الله : سئل القاضى أن يرد الخصومة مرتين، أو ثلاثًا إذا كان يرجو الإصلاح فيما بينهم، وإن كان لا يرجو الإصلاح فيما بينهم، بأن قالوا : لا نريد الصلح، وطلبوا القضاء، فهذا على وجهين: الأول: أن لايكون وجه القضاء مستبينًا للقاضى، وفى هذا الوجه يردهم إلى الصلح، وإن طلبوا القضاء، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهرزاده، قال: وهو نظير مالو هلك المال فى يدى الأجير المشترك بأمريمكن التحرز عنه، فإن القاضى لايقضى، وإن طلبوا القضاء، بل يأمرهم بالصلح، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى هذا الفصل: أن القاضى يستعين بفتوى الأئمة، ويفصل الحكم فيما بينهما.

الوجه الثانى: أن يكون وجه القضاء مستبينًا للقاضى، وأبوا الصلح، وفى هذا الوجه القاضى يقضى بينهم، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وذكر شيخ الإسلام: أن المسألة على التفصيل: إن وقعت الخصومة بين أجنبيين، فقضى بينهم، ولا يردهم إلى الصلح، وإن وقعت الخصومة بين المحارم، أو بين أهل بلدتين، أو بين أهل قبيلتين يردهم إلى الصلح مرتين، أو ثلاثًا، وإن أبوا الصلح.

١٧٩٨٣- وإذا كان لرجل ظلة شارعة، أو كنيف شارع على طريق العامة، فخاصمه إنسان فى طرحه، فصالحه رب الظلة على دراهم مسماة على أن يتركها، فالصلح باطل، حتى كان لهذا المصالح وغيره أن يخاصم فى رفعها، سواء كانت قديمة أو حديثة، وإن كان الإمام صالح صاحب الظلة على دراهم على أن يترك الظلة جاز الصلح إذا كانت حديثة، إذا كان فى ذلك صلاح للمسلمين، ويضع تلك الدراهم فى بيت المال.

١٧٩٨٤- وأمـا إذا وقع الصلح على الطرح، إن وقع الصلح على أن يعطى صاحب الظلة دراهم مسماة إلى هذا المخاصم ليرفع المخاصم الظلة، جاز الصلح على

كل حال، وإن أخذ صاحب الظلة دراهم من المخاصم ليطرح الظلة، إن كانت الظلة قديمة يجوز، وإن كانت حديثة اختلف المشايخ، والصحيح أنه لا يجوز، وأما إذا كان لا يدرى حال الظلة لا يجوز أيضًا على أصح الأقوال؛ لأن ما يكون على طريق العامة إذا لم يعرف حاله يجعل حديثا، ولهذا قالوا: للإمام حق رفعها إذا كان لا يعرف حالها، فعلم أن حكم هذه الظلة إذا لم يعرف حالها، وحكم ما لو عرف حدوثها بيقين سواء، وإن كانت الظلة على طريق خاص، فى سكة غير نافذة، فإن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم مسماة من صاحب الظلة، ويترك الظلة لا يجوز إذا كانت الظلة قديمة، وإن كانت حديثة إن لم يكن المخاصم من أهل تلك السكة، وليس له حق المرور تحت الظلة يتوقف الصلح على إجازة من له حق المرور، وأما إذا كان المصالح من أهل تلك السكة، فإن أضاف الصلح إلى جميع الظلة، فالصلح يصح فى حصته، ويتوقف فى حصة شركاءه، فإن أجاز شركاءه، جاز الصلح فى الكل، وإن لم يجيزوا صلحه، ورفعوا الظلة لا شك أن الصلح يبطل فى حصة شركاءه، حتى كان لصاحب الظلة أن يرجع على المخاصم بحصة شركاءه، إن كان دفع إليه جميع بدل الصلح، وهل يرجع بحصته؟ اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يرجع عليه، وأما إذاكان الصلح مضافًا إلى نصيبه خاصة، فإنه يجوز الصلح، بعد ذلك ينظر إن تبرع الشركاء بترك الظلة سلم له جميع بدل الصلح، وإن رفعوا الظلة، هل يرجع صاحب الظلة على المخاصم بجميع بدل الصلح[1]؟ فالمسألة على الاختلاف، وإن كان لا يعرف حال الظلة لا يجوز الصلح؛ لأنها فى الحكم قديمة؛ لأن ما كان فى سكة غير نافذة، إذا لم يعرف حاله يجعل قديمًا، بخلاف ما إذا كان على طريق العامة، ولهذا لم يكن لأحد رفعها، وكان كالجذوع الشاخصة فى دار إنسان إذا كان لا يدرى حالها يجعل قديمة، حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء، كذا هنا.

١٧٩٨٥- وأما إذا وقع الصلح على الطرح، والرفع، إن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم، ويرفع الظلة، فهو جائز على كل حال؛ لأنه صار مستأجرًا له لرفع ظلته بمال معلوم، فيجوز كما لو استأجر غيره، وإن وقع الصلح على أن يأخذ صاحب الظلة من المخاصم دراهم، ويرفع جاز، إن كانت الظلة قديمة، وكذلك إذا

(١) وفى م وظ: بجميع اليد.

كانت حديثة، أو لا يدرى حالها.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: تأويل هذا أن الظلة كانت على بناء مبنى على الطريق، وصاحب الظلة يدعى ملك ذلك الموضع لنفسه، أو يدعى حق قرار الظلة بسبب صحيح، فيسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الإنكار.

قال شيخ الإسلام: وما ذكرنا من الجواب في سكة غير نافذة، فتأويله إذاكان داراً مشتركًا بينهم، أو أرضًا مشتركة بينهم، بنوا فيها مساكن وحجراً، ورفعوا بينهم طريقًا حتى يكون الطريق ملكًا لهم، وأما إذا كانت السكة في الأصل اختطت بأن بنوا دوراً، وتركوا هذا الطريق للمرور، فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة؛ لأن قدر الطريق بقى على ملك جماعة المسلمين، ولهذا كان لجماعة المسلمين أن يصلوا فيها حالة الزحام.

١٧٩٨٦- وأما إذا أراد رجل إحداث ظلة في طريق العامة، ولا يضر بالعامة فالصحيح من مذهب أبي حنيفة أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع، وحق الطرح، وعلى قول محمد: له حق الخصومة في المنع من الإحداث، وليس له حق الرفع، وقال أبو يوسف: ليس له حق المنع، ولا حق الرفع، وأما إذا كان ذلك يضر بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع، والرفع جميعًا، وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة، فإنه لا يعتبر فيه الضرر، وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء، ومن خالفنا اعتبر الضرر، وعدم الضرر حتى إذا لم يدخل على أهلها ضرر، لا يمنع، وشبه ذلك بالجلوس على قارعة الطريق للاستراحة، والانتفاع بالشمس.

وأما الكلام في الإباحة، وعدم الإباحة، ذكر أبو جعفر الطحاوي أنه يباح إحداث الظلة على طريق العامة، ولا يأثم قبل أن يخاصم أحد في ذلك، وبعد ما خاصمه إنسان لا يباح له الانتفاع به، ويأثم بترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد: يباح له الانتفاع إذا كان ذلك مما لا يضر بالعامة.

١٧٩٨٧- وإذا كان للإنسان نخلة في ملكه، فخرج سعفها إلى أرض جاره، فأراد الجار قطع السعف، فصالحه رب النخلة على دراهم مسماة على أن يترك النخلة،

فإن ذلك لا يجوز، وقد ذكر فى مسألة الظلة على سكة غير نافذة إذا خاصم أهل السكة فى ذلك فصالح صاحب الظلة معهم على دراهم مسماة ليتركوا ظلته، كان الصلح جائزًا، حتى لم يكن لهم أن يرفعوا الظلة بعد ذلك، وكذلك لو كان على طريق العامة، فصالح صاحب الظلة مع الإمام على دراهم مسماة ليترك ذلك، كان جائزًا، وههنا قال: لا يجوز الصلح حتى كان الجار على الخصومة فى القطع، وفى الموضعين جميعًا الصلح وقع على الهواء مقصودًا، وبيع الهواء، والإجارة مقصودًا باطل.

من أصحابنا من قال: فى الفرق بينهما أن فى السعف إنما لم يجز الصلح؛ لأن ما وقع عليه الصلح من الهواء مجهول؛ لأن السعف مما يزداد ساعة فساعة بمرور الأيام، ولا يدرى بأى قدر يأخذ من الهواء، فكان ما وقع عليه الصلح من الهواء مجهولا، وجهالة ما وقع عليه الصلح تمنع جواز الصلح إذا كان ما يحتاج فيه إلى التسليم يحتاج إليه؛ لأن ما وقع عليه الصلح ليس فى يد صاحب النخلة، وإنما هو فى يد صاحبه، فيكون محتاجًا إلى التسليم، وفى باب الظلة ما وقع عليه الصلح من الهواء معلوم؛ لأن الظلة معلومة فى نفسها للحال، وإنه مما لا يزاد ساعة بعد ساعة بمرور الأيام، وإذا كان ما وقع عليه الصلح من الهواء معلومًا، كان هذا الصلح جائزًا، إلا أن هذا العذر لا يكاد يصح، وذلك لأن فى السعف، وإن بينا لذلك مقدارًا، لا يصح الصلح أيضًا؛ لأنه بيع الهواء مقصودًا فى الحاصل، وإنه لا يجوز وإن كان معلومًا.

والفرق الصحيح ما حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى: أن القياس فى الظلة أن لايجوز الصلح؛ لما فيه من بيع الهواء مقصودًا، إلا أنا جوزنا ذلك لتعامل الناس فى الظلة لحاجتهم إلى ترك الظلة على حالها، ولا تعامل فى السعف؛ لأن حاجتهم إلى إبقاء السعف على حالها ليس كحاجتهم إلى إبقاء الظلة، فرد مسألة السعف إلى ما يقتضيه القياس، وهذا لما عرف أن ترك القياس فيما للناس فيه تعامل جائز، وتركه فيما لا تعامل فيه للناس لا يجوز، وعن هذا قال: فى دار بين رجلين، اقتسماها نصفين على أن يكون لأحدهما حق وضع الجذوع على حائط وقع فى نصيب الآخر كان جائزًا للتعامل، ولو كان كرما، فاقتسما على أن يكون لأحدهما حق قرار السعف فى نصيب الآخر، كان باطلا لعدم التعامل، هذا إذا وقع الصلح على الترك.

١٧٩٨٨- فأما إذا وقع الصلح على القطع: فهذا على وجهين: إن أعطى صاحب النخلة جاره دراهم ليقطع كان جائزًا؛ لأنه صار مستأجرًا له ليقطع سعفه، فيجوز كما لو استأجر غيره، وكان بمنزلة صاحب الظلة، إذا أعطى المخاصم دراهم ليهدم الظلة، كان جائزًا، وإن أعطى الجار دراهم لصاحب النخلة ليقطع كان الصلح باطلا؛ لأنه لا يمكن تجويزه، لا بطريق البيع، ولا بطريق الإجارة، أما بطريق الإجارة؛ لأنه استأجره لعمل هو مستحق عليه، فتكون الإجارة باطلة، ولا اعتبار للبيع؛ لأن القطع[1] حق مستحق للجار على صاحب النخلة، فإذا أعطاه دراهم ليقطع صار مشتريًا حق نفسه بماله، فكان بمنزلة الظلة على طريق العامة، أو على طريق خاص، وكانت حديثة حتى كان يستحق النقض إذا أعطى المخاصم دراهم لصاحب الظلة ليطرحها، كان الصلح باطلا، اعتبرناه إجارة، أو بيعًا، فكذلك هذا.

١٧٩٨٩- قال: ولو أن رجلا ادعى زرعًا في أرض رجل، فصالحه صاحب الأرض من ذلك على دراهم مسماة، فالصلح جائز؛ لأنه ادعى ما يجوز الاعتياض عنه، ويحتمل أن يكون ما ادعى حقًا، فإنه يجوز أن يكون الزرع لإنسان، والأرض للآخر، بأن كان غاصبًا للأرض، فزرع مستأجرًا، أو مستعيرًا، أو مشتريًا للزرع.

١٧٩٩٠- قال: ولو كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما، فادعاه رجل فجحداه، فصالح أحدهما على أن أعطاه مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى، هل يجوز هذا الصلح؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون الزرع مدركًا، أو غير مدرك، فإن كان زرع مدركًا، كان الصلح جائزًا؛ لأنه لو باع أحدهما نصف الزرع من غيره، وهو مدرك، كان جائزًا؛ لأنه لا يتضرر بهذا البيع صاحبه، فإن المشترى متى قلع، لم يكن على صاحبه ضرر، إذا كان الزرع مدركًا، فإذا جاز البيع من أحدهما، جاز الصلح؛ لأنه بمعنى البيع، فأما إذا كان الزرع غير مدرك، فإنه لا يجوز الصلح إلا برضا صاحبه؛ لأنه لو باع نصف الزرع، وهو غير مدرك، لم يجز إلا برضا صاحبه؛ لأن صاحبه يتضرر بذلك، فكذا إذا صالح.

وهذا بخلاف ما لو صالح على أن يسلم له نصف الأرض مع أن الزرع على مائة

---

(١) وفي الأصل: لأن الإجارة.

درهم، كان جائزًا؛ لأنه لو باع نصف الزرع مع الأرض كان جائزًا؛ لأنه لا ضرر على صاحبه، فإن البائع لا يجبر المشترى على القلع؛ لأنه يترك الزرع فى ملكه، وقام المشترى مقام البائع، فإذا جاز البيع على هذا الوجه، جاز الصلح.

١٧٩٩١- هذا الذى ذكرنا إذا كان الزرع مشتركًا، فأما إذا كان الزرع كله لواحد، فجاء إنسان، وادعى، فأعطاه المدعى دراهم على أن يسلم له نصف الزرع من غير أرض، إن كان مدركًا، فإنه يجوز؛ لأن هذا يجوز فى الزرع المشترك، ففى غير المشترك أولى، وإن كان غيرمدرك، وقد صالحه على نصف الزرع من غير أرض، فإنه لا يجوز؛ لأنه لو باع نصف الزرع من غيره، من غير أرض، لم يجز فكذا الصلح.

١٧٩٩٢- وفى "الفتاوى": سئل إبراهيم بن يوسف عمن له على رجل ألف درهم، والمطلوب ينكر ذلك، فقال الطالب للمطلوب: صالحتك على مائة من الألف التى عليك لى، وأبرأتك عن البقية، أو لم يقل: وأبرأتك عن البقية، قال: هو جائز، وبرئ المطلوب عن الباقى فى الحكم، ولكن لا يبرأ ديانة، وكذلك الطالب إذا أخذ الألف، وأنكر، فصالحه المطلوب على مائة، صح فى الحكم، ولم يحل له فيما بينه وبين الله تعالى.

١٧٩٩٣- رجل اشترى من آخر ضيعة، ولم يقبضها، ثم إن البائع باع هذه الضيعة من رجل آخر، وسلمها إليه، فأراد الأول أن يخاصم المشترى الثانى فى الضيعة، فقال له المشترى الثانى: صالحنى على كذا كذا من الدراهم، واترك الضيعة على، ففعل، فذلك جائز، وتصير الضيعة ملكًا للثانى من جهة المشترى، وليس له أن يسترد ما أعطاه على هذا الشرط، وهذا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف: ظاهر؛ لأنهما يريان بيع العقار قبل القبض، فأما محمد لايرى بيع العقار قبل القبض، فلا يجوز هذا الصلح عنده.

١٧٩٩٤- وفى "فتاوى الأصغر": إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فقضاه دراهم مجهولة بالوزن، لا يجوز، ولو أعطاه على وجه الصلح، يجوز.

١٧٩٩٥- أحد الورثة إذا أخذ جميع التركة بالتغلب، واستهلكها، والتركة عروض، وحيوانات، ثم إن هذا المستهلك صالح بقية الورثة على دراهم، أو دنانير

مؤجلة، فقد قيل : إنه يجوز، وقد قيل : على قول أبى يوسف ومحمد : لا يجوز؛ لأن هذا الصلح يجوز من وجه، ويفسد من وجه، وعلى قول أبى حنيفة : يجوز؛ لأن هذا الصلح يجوز من وجهين، ويفسد من وجه، وما قالوا : خطأ محض؛ لأن على قولهما حق المستهلك عليه فى القيمة، فيجوز هذا الصلح من وجهين، بأن كان بدل الصلح مثل المصالح عنه، أو أقل، ويصير من له الحق مستوفيًا بعض حقه، ومبرئًا عن بعض حقه، ولا يجوز من وجه، بأن يكون بدل الصلح أكثر من المصالح عنه، فكان الرجحان لجانب الجواز، وعلى قول أبى حنيفة : حق المستهلك عليه فى العين، فيجوز هذا الصلح من جميع الوجوه، وورد فتوى من بعض البلدان، صورته : بعض الورثة إذا كان غائبًا، وهم كبار، والبعض حاضر، والحاضر امرأة الميت، وابن صغير له، فصالح الوصى المرأة عن نصيبها على بدل معلوم بشرائطه، فاتفق فتوى الأئمة أن الوصى إذا صالحها ليكون نصيبها للصغير يجوز، وإن صالحها ليكون نصيبها لجميع الورثة لايجوز؛ لأن الوصى بهذا الصلح يصير مشتريًا نصيبها من التركة، والوصى لا يملك الشراء على الكبار من الورثة سواء كانوا حضورًا، أو غيبًا.

١٧٩٩٦- ادعى حقًا فى دار، هى ميراث لجماعة، فصالح أحد الورثة المدعى على دراهم مسماة، أن يكون المدعى له خاصة، جاز، هكذا فتوى بعض مشايخنا، وقد ذكرنا أن الصلح إذا وقع عن مجهول يحتاج إلى تسليمه، لا يجوز، والمدعى ههنا فى يد جميع الورثة، فيحتاج إلى تسليم ما فى يد سائر الورثة سوى المصالح، فكيف يمكن تجويز هذا الصلح؟

١٧٩٩٧- وفى "مجموع النوازل" سئل شيخ الإسلام عطاء ابن حمزة عن رجل مات، وله مال فى يد إنسان بغصب، أو عليه دين له فطلب منه الورثة تسليم ذلك، وعلى الميت دين مستغرق، والمدعى عليه يعلم ذلك، فصالح الورثة عما عليه، أو فى يده مقدار معلوم من مال نفسه، قال : لا يبرأ بهذا الصلح؛ لأن الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للورثة، فصار صلح الورثة، ولا ملك لهم فى التركة، وصلح أجنبى آخر سواء.

١٧٩٩٨- وفى تركة فتاوى الفضل : إسكاف سرق من حانوته خفاف لأقوام،

فأخذ الإسكاف السارق، وصالح معه على شيء إن كان ما سرق قائمًا، لا يجوز الصلح إلا بإجازة أربابها، وإن كان مستهلكًا يجوز، و إن لم يجزه أربابها بعد أن يكون الصلح على دراهم، ولا يكون الحط كثيرًا؛ لأن للمودع، والغاصب حق الصلح، واستيفاء الضمان، إلا أن هذا كالوكيل، فلا يجوزصلحه على حط كثير.

١٧٩٩٩- وفي "مجموع النوازل": رجل ادعى على رجل دينًا خمسة آلاف درهم، وكرما في يديه، وأنكر المدعى عليه، ثم صالحه على ألف درهم، جاز الصلح معاوضة في حق الكرم، وفي حق الدراهم استيفاء لبعض الحق حطًا عن الباقي، ويقسم الألف على خمسة آلاف، وعلى الكرم على قدرالقيمة حتى تظهر حصة الكرم، فيجوزالصلح بحصة الكرم معاوضة، وبحصة الدراهم حطًا وإسقاطًا.

١٨٠٠٠- وفيه أيضًا: سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن صحة حط صلح، وبراءة، وكان فيه ادعى فلان على فلان مالا معلومًا، وأنه صالحه من ذلك على ثمانية آلاف درهم، وكان في آخره، وأنه أبرأه جميع دعاويه وخصوماته، فقال: الصلح غير صحيح؛ لأنه أجمل المال الذي كان فيه الدعوى، فقال: ادعى مالا معلومًا، وصالح على كذا، ولا بد من بيان ذلك المال لينظر أنه من جنسه، أو من خلاف جنسه، ليعلم أنه صرف، أو ليس بصرف، ولينظر أنه مثل بدل الصلح، أو أقل أو أكثر، ليعلم أن فيه ربا، أو ليس فيه ربا، وقد ذكر في الحط قبض البدل في غير مجلس الصلح، وعلى تقدير كونه صرفًا، لا بد من قبض البدل في مجلس الصلح.

١٨٠٠١- وفيه أيضًا: سئل عن الصلح عن الإنكارعن دعوى فاسدة، أهو صحيح؟ قال: لا، ولا بد لصحة الصلح على الإنكار من صحة الدعوى؛ لأن طريق تصحيح الصلح ثابتًا في حق المدعي ليمكن تصحيح الصلح عن الإنكارمن جانب المدعي أن ما يأخذ، يأخذ عوضًا عن حقه، أو هو بعض عين حقه، فلا بد، وأن يكون الحق ثابتًا في حق المدعي ليمكن تصحيح الصلح على الإنكارمن جانب المدعي بهذا الطريق.

١٨٠٠٢- قال في "الأصل": رجل ادعى في غنم رجل حقًا، فصالحه على صوف هذه الأغنام على أن يجيزه للحال، جاز في قول أبي يوسف، ولم يجز في قول

محمد رحمهما الله، ولو صالحه على صوف ظهر غنم آخر، اختلف المشايخ فيه على قول أبي يوسف، ولو صالح على اللبن الذى فى ضرعه، أو على الولد الذى فى بطنه لا يجوز بالاتفاق.

١٨٠٠٣- وأما بيع الصوف الذى على ظهر الشاة فى ظاهر الرواية لا يجوز عند الكل، وروى عن أبي يوسف فى "الأمالى": أنه إذا باع بشرط أن يجزه من ساعته يجوز، وهبه[1] الصوف على ظهر الغنم إذا سلطه على الجزاز، يجوز باتفاق الروايات، وهبه اللبن فى الضرع، لا يجوز فى إحدى روايتى كتاب الهبة، وإن سلطه على الحلب هو الصحيح.

١٨٠٠٤- وأما الصلح على قوائم الخلاف يجوز كما هو بيع القوائم عند الكل، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى متفرقات الفقيه أبي جعفر، أن على قول بعض المشايخ: بيع القوائم لا يجوز لجهالة موضع القطع.

١٨٠٠٥- ادعى فى أجمة فى يد رجل حقًا، فصالحه منها على أن يسلم صيدها للمدعى سنة، هل يجوز؟ فإن لم يكن الصيد الذى فى الأجمة مملوكًا للمدعى عليه، لا يجوز الصلح على كل حال، كما لا يجوز البيع، وإن كان مملوكًا، بأن كان أخذه، وأرسله فى الأجمة إن كان بحيث يمكنه الأخذ من غير اصطياد، يجوز الصلح، كما يجوز البيع، وإن كان بحيث لا يمكنه الأخذ إلا باصطياد، لا يجوز الصلح كما لا يجوز البيع، الصلح على مخاتيم دقيق معلومة من هذه الحنطة، أو على عشرة أرطال مسماة من لحم هذه الشاة، وهى حية، أو على أرطال مسماة من دهن هذا السمسم لا يجوز.

والحاصل أن كل صلح يحتاج فى تسليم المصالح عليه إلى القبض البتة، لايجوز كما فى البيع، صالحه من الدين على طعام إلى أجل، لايجوز؛ لأن الطعام بمقابلة الدراهم مبيع، فإذا كان فى الذمة لا يكون إلا سلمًا، إذ المبيع فى الذمة لا يكون إلا سلمًا، فهذا سلم رأس ماله دين، فيكون باطلا.

١٨٠٠٦- وإذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين، فقال المدعى عليه للمدعى: صلح كن أزين مدعى برمن بده درهم كه بتودهم، فقال المدعى: فعلت، لا يتم الصلح

(١) وفى الأصل: وجبّة.

ما لم يقل المدعى عليه : قبلت ؛ لأن هذا طلب البيع ، ومن طلب البيع من غيره ، فقال ذلك الغير : بعت ، لا يتم البيع ما لم يقل الطالب : قبلت .

وكذلك إذا وقع الدعوى فيما لا يتعين بالتعيين نحو الدراهم ، والدنانير ، فطلب الصلح على جنس آخر ، فأما إذا وقع الدعوى فى الدراهم ، والدنانير ، وطلب الصلح منه على ذلك الجنس ، يتم الصلح بقول المدعى : فعلت ، ولا يحتاج إلى قبول المدعى عليه ؛ لأن هذا طلب إسقاط البعض ، والإسقاط يتم بالمسقط ، وإذا قال المدعى : بعد ما صالح مع المدعى عليه ، وأخذ منه بدل الصلح : إنى كنت مبطلا فى الدعوى ، كان للمدعى عليه أن يرجع بما أخذ من بدل الصلح .

١٨٠٠٧- وإذا ادعى على آخر أن له خمسين دينارًا فى يده مال الشركة ، و عليه خمسون دينارًا قرضًا ، والمدعى عليه مقر بمال الشركة ، ثم اصطلحا على خمسين دينارًا ، لا يصح الصلح فى حصة الشركة ؛ لأن هذا الصلح فى حصة الشركة معاوضة ، فيكون ربا ، ويصح الصلح فى حصة القرض ؛ لأن هذا الصلح فى حصة القرض إسقاط البعض ، وإنما أنكر المدعى عليه مال الشركة ، ثم اصطلحا ، فالصلح جائز فى حصة الشركة ، والقرض جميعًا ؛ لأن بالإنكار يصير مال الشركة دينًا فى الذمة ، فيكون هذا الصلح إسقاطًا فى حصة الشركة ، والقرض جميعًا .

وإذا صالح من الدين على عين ، ثم إنهما تصادقا على أنه لا دين يبطل الصلح ، هذا هو المذكور فى عامة الكتب ، وروى بشر[1] عن أبى يوسف : فى رجل ادعى على رجل ألف درهم ، وصالحه المدعى عليه على عبد له ، ثم تصادقا على أن ليس عليه شيء ، فالمدفوع إليه بالخيار ، إن شاء ، رد العبد على صاحبه ، وإن شاء ، أمسك العبد ، ورد عليه ألف درهم .

١٨٠٠٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف : فى رجل باع عبدًا بألف درهم ، وقبض الثمن ، ولم يدفع العبد ، وضمن رجل للمشترى تسليم العبد ، وطلب المشترى العبد ، فصالح الضامن من المشترى على أن يرد عليه الثمن يعنى على المشترى ، قال : هو جائز ، وللبائع الثمن الذى قبض والعبد .

(١) وفى الأصل : هشام عن أبى يوسف .

قال : ألا ترى أن رجلا لو ادعى على رجل أنه باعه عبده هذا بألف درهم، وأنكر ذلك الذى العبد فى يده، فصالحه من دعواه على أن يرد عليه الثمن ، وقبضه ثم أقر المدعى عليه بالبيع، فالعبد له، والثمن للذى قبض، كذا ههنا.

١٨٠٠٩- وفى "فتاوى الفضلى" : رجل اشترى من آخر ضياعًا، ثم اشتراها رجل آخر من البائع، واستولى المشترى الثانى عليها، وأخذها بالقهر والغلبة، ثم حضر المشترى الأول، وأراد أن يخاصم المشترى الثانى، فصالحه على مال معلوم معجل على أن يترك الضيعة فى يد المشترى الثانى، ولا يخاصمه فيها، فقبض المشترى الأول المال، وترك الضيعة فى يد المشترى الآخر، ثم إن المشترى الآخر أراد أن يسترد المال من المشترى الأول، ليس له ذلك، ويلزمه الضيعة فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف، وفى قياس قول محمد رحمه الله : له ذلك، وهذا لأن المشترى الأول بهذا الصلح صار بائعًا للضيعة من المشترى الآخر، وبيع العقار قبل القبض جائز على قول أبى حنيفة وأبى يوسف، فصارت الضيعة ملكًا للمشترى الآخر من جهة المشترى الأول، فلا يكون للمشترى الآخر حق الرد على المشترى الأول، أما على قول محمد رحمه الله : بيع العقار قبل القبض لا يجوز، فلا يجوز الصلح، فبقيت الضيعة على ملك المشترى الأول، وكان للمشترى الآخر أن يردها على المشترى الأول -والله أعلم-.

كتاب الرهن

هذا الكتاب يشتمل على اثنى عشر فصلا :

الفصل الأول
في بيان شرائطه

١٨٠١٠- قال محمد رحمه الله في كتاب الرهن : لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا، فقد أشار إلى أن القبض شرط جواز الرهن، قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهرزاده" : الرهن قبل القبض جائز، إلا أنه غير لازم، إنما يصير لازمًا في حق الراهن بالقبض، فكان القبض شرط اللزوم، لا شرط الجواز كالقبض في الهبة، والأول أصح ؛ لأن الله تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة، والرهن عرف جوازه بخلاف القياس بالشرع ؛ لأن الرهن إيفاء الحق من خلاف الجنس، وما عرف شرعًا بخلاف القياس يراعى فيه جميع الأوصاف التي ورد بها الشرع، وهذا القبض يقع بالتخلية في ظاهر الرواية، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ؛ لأن قبض الرهن بجهة الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء يقع بالتخلية، فكذا القبض بجهة الاستيفاء، وعن أبي يوسف رحمه الله : إن كان مما ينقل، لا يصير قابضًا ما لم ينقل.

١٨٠١١- ومن شرائطه أن يكون المرهون مقسومًا، حتى إن رهن المشاع عندنا لا يصح، سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة، أو لا يحتمل، وسواء رهن من أجنبي، أو من شريكه، والشيوع الطارئ يبطل الرهن، هكذا ذكر في "الزيادات"، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي، وهو الصحيح، وصورته أن يرهن جميع العين، ثم يتفاسخا العقد في النصف، أو ما أشبه ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه رجع عن هذا، وقال : الشيوع الطارئ لا يبطل الرهن بخلاف المقارن، وقاس ذلك بصيرورة المرهون دينًا في ا لذمة، فإن من أتلف المرهون، أو باع المرهون بثمن، فالقيمة أو الثمن يكون رهنًا في ذمة من عليه ، فابتداء عقد الرهن مضافًا إلى دين في الذمة لا يجوز ، وجاز البقاء فكذا الشيوع.

١٨٠١٢- ولو رهن أرضًا، وقبضها، ثم استحق طابقة منها، إن كان المستحق غير معين، يبطل الرهن في الباقي ؛ لأنه تبين أن الرهن في الباقي من الابتداء وقع شائعًا،

وإن كان المستحق بعينه، بقى الرهن فى الباقى صحيحًا، ولا يكون للمرتهن خيار فيما بقى، ولا يكون له المطالبة بشىء آخرمكان المستحق.

١٨٠١٣- ومن شرائطه أن يكون المرهون مفروزًا عن غيره، فارغا عن الشغل حتى لو رهن ثمرة فى نخل بدون النخل، أو زرعًا، أو رطبة بدون الأرض لا يجوز، وكذا لو رهن النخيل، أو الشجر دون الأرض، أو البناء دون الأرض، فهو باطل، إلا أن يقول: بأصولها، فحينئذٍ يدخل مواضعها من الأرض فى الرهن، وذلك معين معلوم، فيجوز، وكذلك لو رهن الأرض دون البناء لا يجوز، ولو رهن الأرض دون النخيل لا يجوز فى ظاهر الرواية، وكذا لو رهن الأشجار دون الثمار لا يجوز، قال فى "شرح الطحاوى": إلا إذا فصل أحدهما من صاحبه، وسلمه إليه مفصولا، أو أمر المرتهن بالفصل والقبض، فحينئذٍ يجوز فى هذه المسائل كلها، فأما إذا رهن نخلا فيها همر، أو أرضًا فيها زرع، ولم يتعرض للزرع، والثمر بالنفى، والإثبات جاز، يدخل الزرع، والثمر فى الرهن.

فالحاصل أن كلما كان متصلا بالمرهون اتصال اختلاط وامتزاج، يدخل فى الرهن من غير ذكر؛ لأن فيه تصحيح الرهن من غير أن يلحق الراهن كثير ضرر، بخلاف البيع والهبة، أما البيع: فلأنه صحيح على كل حال، وأما الهبة: فلأن فى إدخال غير الموهوب فى الهبة زيادة ضرر للواهب.

١٨٠١٤- ولو رهن دارًا، فيها متاع الراهن لا يصح، قال فى "شرح الطحاوى": وكذلك لو رهن حانوتًا فيها متاع الراهن، أو رهن جوالقًا فيها متاع الراهن، والحيلة فى ذلك أن يودع أولا من المرتهن ما فيه من المتاع، ثم يرهن الدار والجوالق والحانوت منه، أو يودع المتاع منه بعد ما رهن الدار، ثم يسلم إليه ما رهن، فيصح الرهن، والتسليم.

١٨٠١٥- ولو رهن المتاع الذى فى الدار والجوالق والحانوت، وخلى بينه وبين المرتهن صح التسلم؛ لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار والوعاء.

١٨٠١٦- ومن شرائطه أن يكون المرهون يقبل البيع، والشراء؛ لأن الرهن عقد إيفاء، فإن بهلاكه يصير المرتهن مستوفيًا لدينه، وفى الاستيفاء تمليك مال بمال، فكان كالبيع، حتى لو رهن خمرًا، أو خنزيرًا بدين عليه لا يكون المرهون مضمونًا عليه.

١٨٠١٧- ومن جملة شرائطه أن يكون الرهن حاصلا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون، حتى لو رهن بما لا يمكن استيفاءه من الرهن كالديون، كان الرهن باطلا، كالرهن بالحدود، والقصاص، وكذلك الرهن بالأعيان.

قال شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده": الرهن بالأعيان باطل مضمونًا كان العين أو غير مضمون، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الرهن بالأعيان على ثلاثة أوجه: أحدهما: الرهن بعين هي أمانة كالوديعة في يد المودع، وما اشبه ذلك، وإنه باطل، زاد في "شرح الطحاوي" على هذا فرعًا، وقال: ليس له أن يحبسه رهنًا به، ولو هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، ولو هلك بعد الحبس هلك مضمونًا عليه.

والثاني: الرهن بعين، هو مضمون بنفسه كالمغصوب، وغيره، وأنه صحيح، فرع على هذا في "شرح الطحاوي"، وله أن يحبس الرهن بعين حتى يسترد العين، فإن هلك الرهن في يده قبل استرداد العين، لا يصير مستوفيًا للعين، ويغرم الأقل من قيمة الرهن، ومما رهن به، ويسترد العين، ولو هلك العين قبل الرد، فله أن يحبس الرهن بضمان العين، فإذا هلك الرهن قبل استيفاء الضمان، صار مستوفيًا للضمان، إذا كان في قيمته وفاء.

الثالث: الرهن بعين، هو مضمون لغيره كالمبيع في يد البائع، فإنه لا يجوز، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة والكرخي في "مختصره"، فإن هلك قبل الحبس هلك أمانة، وإن هلك بعد الحبس، صار مضمونًا عليه ضمان غصب.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف: أن المشترى إذا أخذ من البائع رهنًا بالمبيع، يجوز، وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، فإن هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالأقل من قيمته، ومن قيمة المبيع، ولا يصير قابضًا للمبيع بهلاكه، وله أن يقبض المبيع، إذا أوفى ثمنه، وعليه أيضًا ضمان الأقل بهلاك الرهن في يده، ولو هلك المبيع قبل القبض، والرهن قائم بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وعلى المشترى أن يرد الرهن، ولو هلك في يده قبل الرد هلك بالأقل، ويجب عليه ضمان الأقل للبائع، ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع، وبطلان البيع، ولايتم الرهن بقبض المرتهن، يتم بقبض العدل.

الفصل الثانى
فى مسائل العدل

١٨٠١٨- قال محمد رحمه الله : إذا ارتهن الرجل من آخر رهنًا على أن يضعاه على يدى عدل، ورضى به العدل، وقبضه، تم الرهن حتى لو هلك فى يد العبدل يسقط دين المرتهن، كما لو هلك فى يد المرتهن، ويصير العبدل نائبًا عن المرتهن فى حق هذا الحكم، ونائبًا عن الراهن فى حق حكم الضمان، حتى لو استحق الرهن من يد العدل، وضمن المستحق العدل، فالعدل يرجع على الراهن، ولا يرجع على المرتهن، وليس للعدل أن يدفع الرهن إلى الراهن قبل سقوط الدين، إلا برضا المرتهن، وكذلك ليس له أن يدفعه إلى المرتهن، إلا برضى الراهن، فإن دفع إلى أحدهما من غير رضا الآخر، فله أن يسترده ، يعيده إلى يده، وإن هلك قبل الاسترداد، ضمن العدل قيمته، فإن أراد العدل أن يجعل القيمة رهنًا عنده، لا يقدر على ذلك؛ لأن القيمة وجبت دينًا فى الذمة، فلو جعلناه رهنًا، صار الواحد قاضيًا، ومقضيًا ما عليه، فبعد ذلك أما أن يجتمع الراهن والمرتهن، ويقضيان ذلك من العدل، ويجعلانه رهنًا على يدى هذا العدل، أو على يدى عدل آخر، ويرفع أحدهما الأمر إلى القاضى حتى يأخذ القاضى القيمة، ويجعلها ر هنا عند هذا العدل، أو عند عدل آخر.

هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة الحلوانى : أن العدل إن تعمد الرفع إلى أحدهما، يؤخذ منه القيمة، ويوضع على يدى عدل آخر، وإن أخطأ فى الرفع، وكان بحيث يجهل مثله، فإنه يؤخذ منه، ثم يرد عليه إذا لم تظهر منه الخيانة، فبقى عدلا على حاله، وليس للعدل أن يبيع الرهن إلا إذا كان مسلطًا على البيع، والتسليط على البيع إما أن يكون مشروطًا فى عقد الرهن، أو يكون بعد تمام الرهن، وفى الوجهين جميعًا إذا باع العدل الرهن، كان الثمن رهنًا فى يده حتى لو هلك الثمن فى يد العدل سقط دين المرتهن، كما لو هلك الرهن فى يده، وكذلك لو توى الثمن على المشترى، كان التوى على المرتهن، ويسقط دينه بهلاكه إذا كان به وفاء، ولا يعتبر قيمة الرهن بعد

البيع، وإنما يعتبر الثمن، وإنما كان التوى على المرتهن؛ لأن الثمن قائم مقام الرهن، والرهن بعد ما تم إذا توى لا في يد الراهن في أي يد توى، كان التوى على المرتهن، فكذلك إذا توى الثمن، وإن أبى العدل البيع، إن كان التسليط مشروطًا[1] في الرهن، يجبر عليه، وإن كان التسليط بعد تمام الرهن، ذكر الكرخي في كتابه: أنه لا يجبر، وهو رواية عن أبي يوسف، وبه أخذ بعض مشايخنا، وبعض مشايخنا قالوا: يجبر، وإليه أشار محمد في الكتاب.

قال شيخ الإسلام: وهو الصحيح، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن التسليط إذا لم يكن مشروطًا في الرهن، لا يجبر العدل على البيع في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف: أنه يجبر، ثم إن محمدًا رحمه الله ذكر الجبر على البيع، ولم يبين تفسيره، قال شمس الأئمة الحلواني: تفسيره أن القاضي يحبسه أيامًا، فإن لج[2] بعد ما حبس أيامًا، يجبر الراهن على البيع، فإن لم يبع ذكر في "الزيادات"، والنوادر أن القاضي يبيع بنفسه قبل بيع القاضي، قولهما بناء على بيع مال المديون في دينه إذا لم يكن مرهونًا، وقيل: هو قول الكل، وهو الصحيح، ولو عزل الراهن العدل عن البيع، أو مات الراهن، هل ينعزل العدل؟ فالجواب في العدل نظير الجواب في الجبر على البيع.

١٨٠١٩- وإذا باع العدل الرهن، ووقع الاختلاف بين الراهن، والمرتهن، والعدل في مقدار الثمن، فقال الراهن، والعدل: باعه بمائة، وأعطاها المرتهن، وقال المرتهن: باعه بخمسين، فالقول قول المرتهن، وإذا أقاما البينة، فالبينة بينة الراهن؛ لأنه يدعي زيادة الإثبات، ويثبتها ببينة، وإذا كان العدل مسلطًا على البيع، إذا حل أجل كذا، فقال المرتهن: كان الأجل إلى شهر رمضان، وقد دخل رمضان، وقال الراهن: كان الأجل إلى شوال، فالقول قول الراهن في وقت التسليط على البيع، وفي وقت حلول الدين القول قول المرتهن؛ لأن التأجيل يستفاد من جهة المرتهن، فيكون القول قوله في مقداره، والتسليط على البيع يستفاد من جهة الراهن، فيكون القول في وقته قول الراهن، وليس من ضرورة حل المال ثبوت التسليط على البيع لجواز أن يسلطه على البيع

---

(١) وفي الأصل وم: مشروعًا.

(٢) وفي الأصل: صالح.

بعد مضى شهر من حين يحل المال.

١٨٠٢٠ - وإن اتفقا على الأجل أنه شهر، واختلفا فى مضيه، فالقول قول الراهن؛ لأن الأجل حق الراهن، وقد اتفقا على ثبوته، فالمرتهن يدعى إبقاء ما عليه من الأجل، والراهن ينكر، وإذا باع العدل بالنسيئة ذكر فى "الأصل": أنه يجوز من غير تفصيل، ومن غير ذكر خلاف، قالوا: هذا إذا باع بنسيئة معهودة بين الناس، أما إذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع مثلا إلى عشر سنين، أو ما أشبهه، ينبغى أن لا يجوز عندهما.

وقال القاضى الإمام أبو على النسفى: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد، بأن قال المرتهن[1]: يطالبنى، ويؤذينى فبعه حتى أنجو منه، فباع بالنسيئة، لا يجوز، بمنزلة ما لو قال: بع عبدى، فإنى أحتاج إلى النفقة، ولو كان الرهن فى يد المرتهن، ولم يكن ثمة عدل، وسلط الراهن المرتهن على بيعه، واستيفاء دينه من ثمنه، فباع بالنسيئة، جاز بيعه كيف ما كان.

١٨٠٢١ - ولو كان فى الرهن عدل، وسلطاه على بيعه، إيفاء الدين من ثمنه، فباعه بالدراهم، وكان الدين دنانير، أو كان على العكس، كان له أن يصرف الثمن بجنس الدين بخلاف ما إذا كان وكيلا بالبيع المفرد؛ لأن العدل كما هو مأمور بالبيع، فهو مأمور بقضاء الدين، ولا يمكنه قضاء الدين فى مثل هذه الصورة إلا بصرف فيدخل الصرف تحت الأمر بالبيع، بخلاف الوكيل بالبيع المفرد، وعلى هذا إذا كان الراهن سلط المرتهن على بيعه، واستيفاء الدين من ثمنه، فباعه بالدنانير، فكان الدين دراهم كان له أن يصرف بالدراهم، ويستوفى منها دينه، وكذلك إذا باعه بالدراهم، ودينه حنطة، كان له أن يشترى بالدراهم حنطة، ويستوفى دينه.

١٨٠٢٢ - وإذا دفع العدل الرهن إلى أجنبى وديعة من غير ضرورة، فهو ضامن؛ لأن العدل أمين فى الرهن، وكان الجواب فيه كالجواب فى المودع.

١٨٠٢٣ - وفى "المنتقى" بشرحه عن أبى يوسف: رجل رهن من آخر عبداً، ووضعاه على يدى عدل، وغاب الراهن، فقال المرتهن: أمرك بالبيع، وقال: العدل لم

(١) هكذا فى ظ وم وفى الأصل: بأن قال الراهن.

يأمرني بالبيع ، قال : لاأقبل بينة المرتهن عليه .

١٨٠٢٤ - وفيه أيضًا : إذا مات العدل ، وكان وكيلا ببيع الرهن ، فأوصى إلى رجل ببيعه ، لايجوز بيع وصيته ، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة : وكلتك ببيع الرهن ، وأجزت لك ما صنعت فيه ، وليس لوصيه أن يوصي به إلى ثالث .

وروى عن الحسن عن أبي حنيفة : أن وصي العدل يقوم مقامه في البيع ، وكذا روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف ، قال أبو يوسف : وهو بمنزلة المضارب إذا مات ، والمال عروض ، فإن وصيه يقوم مقامه في البيع .

الفصل الثالث
فى هلاك المرهون بضمان وبغير ضمان

١٨٠٢٥- إذا هلك المرهون فى يد المرتهن، أو فى يد العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض، وإلى الدين، فإذا كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه، وإن كان قيمته أكثر من الدين سقط الدين أيضًا، وهو فى الفضل أمين، وإن كان قيمته أقل من الدين سقط من الدين بقدر قيمة الرهن، ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين، هذا هو الحكم فى الرهن الصحيح، وكذلك الحكم فى الرهن الفاسد.

هكذا ذكر فى "الجامع" وفى "شرح القدورى"، وهكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، وذكر الكرخى: أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد لا يتعلق به الضمان، والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلا، نص عليه محمد فى "الجامع"، والباطل من الرهن ما لا يكون منعقدًا أصلا كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقدًا، لكن بوصف الفساد، كالفساد من البيوع، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا، والمقابل به يكون مالا مضمونًا، وشرط جواز الرهن ما ذكرنا، ففى كل موضع كان الرهن مالا، والمقابل به مالا مضمونًا، إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز، ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد، لكن بصفة الفساد لانعدام شرط الجواز، وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا، أو لم يكن المقابل به مضمونًا، لا ينعقد الرهن أصلا، فعلى هذا يخرج المسائل، وإذا برئ الراهن من الدين من غير أداء، ولا إيفاء، إما بالهبة، أو بالإبراء، ثم هلك الرهن فى يد المرتهن من غير أن يمنعه من الراهن، هلك مضمونًا عليه قياسًا.

وفى الاستحسان: يهلك أمانة، وبه أخذ علماءنا الثلاثة، وأما إذا برئ الراهن بالإيفاء، ثم هلك الرهن فى يد المرتهن، هلك مضمونًا حتى يجب على المرتهن رد ما استوفى على الراهن، والوجه فى ذلك أن عقد الرهن عقد استيفاء، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيًا دينه بالعين فى حق ملك اليد والحبس، ويتقرر ذلك الاستيفاء

بالهلاك من وقت وجود القبض، فإذا هلك الرهن بعد قضاء الدين، وتقرر الاستيفاء بالهلاك من وقت وجوده، ظهر أن القضاء حصل بعد الاستيفاء مرة، فظهر بطلان القضاء، فأما الإبراء يقتصر على الحال، فلايظهر أنه كان قبل الاستيفاء، فلا ظهر بطلان الاستيفاء.

١٨٠٢٦- وإذا تبرع إنسان بقضاء دين الراهن، سقط الدين، وكان للمطلوب أن يأخذ رهنه، فإن لم يأخذ حتى هلك الرهن، وجب على المرتهن رد ما قبض من التبرع بناء على الأصل الذى قلنا، ويرده على المتبرع؛ لأن ما قضى لم يصر ملكًا للراهن؛ لأنه قضى بغير أمره، بل بقى على ملك المتبرع، فإذا وجب الرد وجب على المتبرع.

١٨٠٢٧- إذا أحال الراهن المرتهن على رجل بمال، وهلك الرهن بعد ذلك، يهلك مضمونًا بالدين قياسًا، واستحسانًا، وكان ينبغى أن يهلك أمانة استحسانًا؛ لأن الراهن برئ من الدين من غير إيفاء، وكان بمنزلة ما لو برئ بالإبراء.

والجواب أن الراهن برئ من الدين بعوض، وكان بمنزلة ما لو برئ بالإيفاء، بيانه أن الحال لا يخلو إما أن يكون للراهن على المحتال عليه دين، أو لايكون دين، فإن كان عليه دين، يزول ذلك الدين عن ملكه متى استوفى المحتال له ذلك، وإن لم يكن عليه عليه دين، فأداه المحتال رجع بما أدى على الراهن، فكان بمنزلة ما لو برئ بالإيفاء من هذا الوجه، ولم يذكر فى "الأصل" ما إذا أراد الراهن بعد الحوالة أن يأخذ الرهن من يد المرتهن، هل له ذلك؟ قالوا: ذكر هذه المسألة فى "الزيادات" فى موضعين: ذكر فى إحداهما: أن له ذلك، وفى الآخر: أنه ليس له ذلك.

١٨٠٢٨- وإذا رهن من آخر عبدًا يساوى ألفًا بألف، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه شىء، وكان هذا التصادق بعد ما هلك الرهن، كان على المرتهن أن يرد ألفًا على الراهن؛ لأن حالة الهلاك الرهن كان مضمونًا ظاهرًا، فحصل الاستيفاء حكمًا، وبعد الاستيفاء الحقيقى لو وجد التصادق على الوجه الذى قلنا، كان على المستوفى أن يرد مااستوفى، كذا ههنا، فأما إذا تصادقا قبل هلاك الراهن أنه لم يكن عليه شىء ، ثم هلك الرهن يهلك مضمونًا، أو أمانة.

ذكر شيخ الإسلام أن فيه اختلاف المشايخ، ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه

الله: نص محمد رحمه الله في "الجامع" أنه يهلك أمانة، وعلى هذا إذا رهن عبداً بكر حنطة، ومات العبد، ثم تصادقا أن الكر لم يكن، فعلى المرتهن قيمة الكر؛ لأنه صار مستوفيًا لذلك ظاهرًا، وعن أبي يوسف: أنه لا شيء على المرتهن، وإن تصادقا بعد الهلاك؛ لأن تصادقهما حجة في حقهما، وقد تصادقا عند الهلاك أن الدين لم يكن، واسيتفاء الدين بدون الدين لايتصور، وأجناس هذه المسائل في الباب الرابع من رهن "الجامع"، وإذا أعطاه رهنًا مكان الأول، فالرهن هو الأول ما بقي القبض دون الثاني، حتى لو هلك الأول، هلك مضمونًا بالدين، ولو هلك الثاني يهلك أمانة، فإذا رد الأول صار الثاني رهنًا، فلو هلك بعد ذلك يكون مضمونًا.

هذا هو بيان حكم الهلاك، فأما حكم النقصان، فإن كان النقصان من حيث العين، يوجب سقوط الدين بقدره بلا خلاف، وإن كان النقصان من حيث السعر، لا يوجب سقوط شيء من الدين عند علماءنا الثلاثة؛ لأن سبب ضمان الرهن القبض، والقبض يرد على العين، لا على القيمة؛ لأن القيمة دراهم، وأو دنانير، والمرتهن لم يقبض الدراهم، أو الدنانير، إنما قبض العين، وإذا كان النقصان من حيث العين، فقد انتقض ما ورد عليه القبض، فجاز أن يكون مضمونًا، وإذا كان النقصان من حيث السعر، فلم ينتقض ما ورد عليه القبض؛ لأن نقصان السعر ليس إلا نقصان القيمة، فلا يكون مضمونًا.

١٨٠٢٩- ابن سماعة رحمه الله عن محمد رحمه الله: رجل له على رجل مال، فقضاه بعضه، ثم دفع إليه عبدًا، وقال هذا رهن عندك بما بقي من مالك، أو قال: هذا رهن عندك بشيء، أو كان بقي لك، فإني لا أدرى أبقي لك شيء من المال، أو لم يبقَ، فهو رهن جائز، وهو رهن بما بقي، إن كان قد بقي منه شيء، وإن لم يبقَ منه شيء، وهلك العبد في يد المرتهن، فلاضمان عليه فيه؛ لأنه لم يأخذ على شيء مسمى، ولو قضاه الراهن ماله، ثم قال: خذ هذا رهنًا بما كان فيها من زيوف أو ستوقة، فهو رهن جائز بما كان فيها ستوقًا، فأما الزيف فهو استيفاء، فلا يكون رهنًا به.

١٨٠٣٠- وروى بشر عن أبي يوسف: إذا أخذ رهنًا بالعيب في المشترى، أو بالعيب في الدراهم التي اقتضى لم يجز.

١٨٠٣١- ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل له على آخر ألف درهم غلة، فقال الذى عليه الدين لرب الدين: أمسك هذا الألف الوضح بحقك، واشهد لى بالقبض فهذا اقتضاء، ولو قال: أمسك هذه الألف الوضح حتى آتيك بحقك، واشهد لى بالقبض، فهذا رهن.

١٨٠٣٢- قال لآخر: أقرضنى، فقال: لا أقرضك إلا برهن، فرهنه رهنًا، فضاع قبل أن يقرضه، ولم يكن سمى ما يقرضه، فإنه يعطيه ما يشاء، قال محمد رحمه الله: إنه لا يستحق أقل من درهم، ذكره فى "مجموع النوازل".

و فى "المنتقى" بشر عن أبى يوسف: رجل رهن رجلا ثوبًا، وقال: أرجع إليك، وأخذ منك شيئًا، فضاع الرهن، قال أبو حنيفة رحمه الله: يعطيه المرتهن ما يشاء، وكذلك قولنا، وذكر فى موضع آخر من "المنتقى" عن أبى يوسف: إذا قال لغيره: أقرضنى، وخذ هذا الرهن، ولم يسم القرض، وأخذ الرهن، ولم يقرضه حتى ضاع الرهن، فعليه قيمة الرهن.

ولو استقرض منه خمسين درهمًا، فقال المرتهن: لا يكفيك، لكن أبعث إلى برهن حتى أبعث إليك ما يكفيك، فبعث إليه بالرهن، فضاع فى يد المرتهن، فعليه الأقل من الرهن، ومن خمسين درهمًا.

فالحاصل أن المستقرض إذا سمى شيئًا، ورهن، فهلك الرهن قبل أن يقرضه، فالرهن مضمون بالأقل من قيمته مما سمى، وإن لم يكن سمى شيئًا، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما على ما بينّا.

١٨٠٣٣- وفى "المنتقى" أيضًا ابن سماعة عن محمد: المديون إذا دفع إلى رب الدين ثوبين، وقال: خذ أيهما شئت رهنًا بالمائة التى لك علىّ، فأخذهما، فضاع فى يده لا يذهب من الدين شيء؛ لأنه لم يأخذ أحدهما رهنًا بعد، قال: وهو بمنزلة ما لو كان لرجل على رجل عشرون درهمًا، فدفع إليه المديون مائة درهم، وقال: خذ منها عشرين، فضاعت قبل أن يأخذها، فإنها من مال الدافع، والدين عليه بحاله، ولو كان قال وقت الدفع: خذ أحدهما رهنًا بدينك، فأخذهما وضاعا عنده هلك نصف كل واحد منها بالدين.

١٨٠٣٤- وذكر في موضع آخر من "المنتقى": رجل رهن عن رجل ثوبين، وقال: أحدهما رهن لك بعشرتك، أو قال: خذ أيهما شئت رهنًا بدينك، فالرهن باطل، وإن ضاعا جميعًا، لم يكن عليه ضمان، ودينه على حاله، ولو كان له عليه دينار، فدفع إليه دينارين، وقال: خذ أحدهما قضاءً مما لك، فضاعا قبل أن يأخذ أحدهما بدينه، فدينه على حاله، وهو مؤتمن، ولو قال: أحدهما قضاءً لك كان قابضًا له بدينه، ولا يشبه هذا الرهن.

١٨٠٣٥- وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف: رجل له على آخر ألف درهم وبها كفيل، فأعطى الذي عليه الأصل الطالب بها رهنًا يساوي ألفًا، ثم أعطاه الكفيل بها رهنًا يساوي ألفًا أيضًا، وضاع أحدهما، قال: إن ضاع الأول، ضاع بألف درهم، وإن ضاع الثاني ضاع بالنصف إن كان حين رهن الثاني يعلم بالرهن الأول، وإن كان لا يعلم به ضاع بالألف.

قال الفقيه أبو الليث في آخر كتاب الرهن: إنه إذا هلك أحدهما هلك بنصف المال من غير فصل، وذكر في "المنتقى" عن محمد رحمه الله برواية إبراهيم هكذا، وإنما جاز الرهن من كل واحد منهما بجميع المال؛ لأن الرهن إيفاء حكمًا، فيعتبر بالإيفاء الحقيقي، ولو أوفى أحدهما جملة المال حقيقة، جاز، فكذا إذا أوفاه حكمًا بالرهن، وإنما يهلك كل واحد منهما بنصف الدين؛ لأنهما مالان رهنا بمال واحد، فإن أصل المال عليهما واحد، ومن رهن مالين بدين واحد، وقيمة المالين سواء، صار كل واحد منهما رهنًا بنصف الدين، فكذا هذا.

١٨٠٣٦- وفي "مجموع النوازل": روى هشام عن محمد: رجل له على رجل ألف درهم، جاء رجل أجنبي، ورهن بالألف عبدًا بغير أمر المطلوب، ثم جاء رجل آخر، ورهن بها عبدًا آخر بغير أمر المطلوب، فهو جائز، والأول رهن بالألف، والآخر رهن بخمسمائة، وفي آخر رهن "الأصل": رجل له على رجل ألف درهم، رهن بها رهنًا يساوي ألفًا، ثم جاء فضولي، وزاده في الرهن رهنًا يساوي ألف درهم، فهو جائز، وإذا أراد أن يفتك أحد الرهنين بقضاء نصف المال، ليس له ذلك، وأيهما هلك، هلك بنصف الدين.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: أنه إذا هلك رهن المديون هلك بجميع الدين، وإن هلك رهن المتبرع هلك بنصفه، والوجه لما ذكر في رهن "الأصل": أن الرهن من المتبرع صحيح؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء حكمًا، والإيفاء الحقيقي كما يصح من المديون، يصح من الفضولي، فكذا الرهن.

١٨٠٣٧- وإذا صح الرهن انقسم الدين على أصل الرهن، وعلى الزيادة نصفان، كما لو حصل الزيادة من الراهن، وقيمة الأصل يوم الرهن ألف، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ألف، وهناك ينقسم الدين عليهما نصفان، كذا ههنا، وإذا أراد أحدهما أن يفتك رهنه بقضاء نصف الدين، ليس له ذلك، وأيهما هلك، هلك بنصف الدين، والوجه في ذلك أن الرهن من الفضولي لما صح، صار كأن الراهن هو الذي زاد، فلو زاد بنفسه، ثم أراد أن يفتك أحدهما بقضاء الدين، ليس له ذلك، ولو هلك أحدهما هلك بنصف الدين؛ لأنهما مالان، ورهنا بمال واحد، والجواب في رهنين رهنا بمال واحد ما ذكرنا، والمسألة تأتي بعد هذا.

١٨٠٣٨- فإن قيل: يجب أن لا تصح الزيادة في الرهن من الفضولي؛ لأن الفضولي بهذه الزيادة قصد الإضرار بالراهن، وذلك لأن الرهن قبل زيادة المتطوع كان بجميع الدين، وبعد الزيادة يصير مضمونًا على المرتهن بنصف الدين، ولو هلك بعد هذا مال الراهن، هلك بنصف الدين، فالمتطوع بهذه الزيادة قصد إبطال نصف الضمان عن الرهن، وفيه ضرر على الراهن، ولو قصد إبطال كل الضمان عن الرهن يتصرف، وكان لا يقدر؛ لأن الراهن يتضرر به، كذا إذا قصد بتصرفه إبطال نصف[1] الضمان عن الرهن؛ لأن الراهن يتضرر به.

والجواب عنه أنه لا ضرر على الراهن للحال في زيادة المتطوع، إنما يتوهم الضرر في الثاني، بأن يهلك مال الراهن، فيهلك بنصف الدين لا بجميع الدين، وكما يتوهم الضرر في الثاني، يتوهم المنفعة في الثاني، وما يتوهم من المنفعة في الثاني راجح على ما يتوهم من الضرر؛ لأن توهم الضرر من وجه واحد، وهو أن يهلك مال الراهن، وتوهم المنفعة من وجوه ثلاثة: إحداها: أن المرتهن إنما يكتفي برهن المتطوع،

---

(١) وفي الأصل وم: كل الضمان.

ويرد رهن الراهن، والثانى: أنه يتوهم هلاك مال المتطوع، وإذا هلك ماله سقط نصف الدين، فبقى رهن الراهن بنصف الدين إذا قضى نصف الدين بفتك، وقبل ذلك لا يفتكه إلا بقضاء جميع الدين، ويتوهم أن يقضى المتطوع جميع الدين ليفتك ماله، فيبقى رهن الراهن بغير شيء، فما يتوهم من النفقة فى الثانى أرجح مما يتوهم من الضرر، فتكون العبرة للراجح، ويسقط اعتبار الضرر، نظير هذا ما قالوا فيمن وكل رجلا بأن يبيع عبده بألف، فباعه بألفين جاز؛ لأن فيه منفعة للموكل للحال، فجاز، وإن كان يتوهم الضرر فى الثانى بأن يقبض الوكيل الثمن ألفى درهم، وهلك فى يده، ثم يجد المشترى عيبًا، فيرده على الوكيل، فيأخذ منه جميع الثمن، ثم يرجع الوكيل على الموكل بألفى درهم، ولو كان باعه بألف كان يرجع عليه بألف، فيتوهم الضررمن هذا الوجه، إلا أن المنفعة لما كانت راجحة؛ لأن المنفعة بقدر الضرر موهوم قد يكون، وقد لا يكون سقط اعتبار الضرر، وبقيت العبرة للمنفعة، فكذا هذا.

١٨٠٣٩- وفى "فتاوى أبى الليث": رهن شجرة فِرصاد، تساوى مع الورق عشرين، فذهب وقت الأوراق، وانتقص منه، قال أبو بكر الإسكاف: يذهب من الدين بحصة النقصان، قال الفقيه أبو الليث: وعندى أنه لا يسقط من الدين، وهذا بمنزلة تغير السعر؛ لأن الشجرة لم تتغير عن حالها، فلا يسقط شيء من الدين، إلا أن يكون النقصان فى الثمن لنقصان فى نفس الشجرة، أو لتناثر الأوراق، فحينئذٍ يسقط من الدين بحسابه، وقول الفقيه أبى بكر أشبه، وأقرب إلى الصواب؛ لأن الأوراق بعد ذهاب وقتها لا قيمة لها أصلا، ولا يقابل بشيء، فصار بمنزلة الهلاك.

١٨٠٤٠- الحسن بن زياد فى "كتاب الاختلاف": رهن رجل من آخر عبدين بألف درهم، فاستحق أحدهما، فالثانى رهن بحصته، ولكن لا يفتكه إلا بجميع الألف، وكذلك إن كان أحدهما حرًّا، أو مدبرًا. وفى "العيون" عن محمد: رجل رهن غلامين بألف درهم قيمتهما ألف درهم، ثم قال للمرتهن: إنى أحتجت إلى أحدهما، فرده على، ففعل، فإن الثانى رهن بنصف الأول، لو هلك يهلك من الدين نصفه، ولكن لا يفتكه إلا بجميع الألف، وفيه أيضًا: إذا أبق العبد المرهون بطل الدين إن كان مثل قيمة العبد، أو دونه، فإن وجد العبد عاد رهنًا سقط من الدين بحساب عيب الإباق، إن كان هذا أوّل إباق منه، وإلا لم ينتقض منه شيء من الدين.

١٨٠٤١- وفى "المجرد" عن أبى حنيفة رحمه الله : إذا أبق العبد الرهن ، ثم وجد بطل من الدين بقدر ما نقصه الإباق من غير تقييد بما إذا كان أول إباق منه ، ولو كان القاضى جعل الرهن بما فيه حين أبق ، ثم ظهر العبد ، فهو رهن على حاله ، بخلاف المغصوب إذا عاد من الإباق بعد ما قضى القاضى على الغاصب بالقيمة ، وهذا لأن جعل الرهن بالدين من أحكام الجاهلية ، جاء الشرع بتغيره بقوله : لا يغلق الرهن ، فكان هذا القضاء باطلا ، فصار وجوده ، والعدم بمنزلة بخلاف تمليك المضمون بالضمان .

١٨٠٤٢- ابن سماعة عن أبى يوسف : رجل قال لآخر : خذ هذه العشرة رهنًا بالدراهم الذى لك على ، ودفعها إليه ، فإذا هى خمسة ، قال : يكون رهنًا بنصف درهم ، ولا يفتكها إلا بجميع الدين ، وكذلك لو قال : خذ هذا القلب ، فإن فيه عشرة دراهم ، فهو رهن بالدراهم الذى لك على ، فإذا فى القلب خمسة ، فهو رهن بنصف درهم . وعنه أيضًا : رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم ، وأبى البائع أن يدفعها إليه حتى يقبض الثمن ، فقال المشترى : لاأدفع إليك الثمن حتى تدفعها إلى ، فاصطلحا على أن وضع المشترى الثمن على يد عدل حتى يدفع البائع إليه الجارية ، فهلك الثمن فى يد العدل ، فهو من مال المشترى ؛ لأنه لم يحل بينه ، بين البائع .

ولو كان البائع قال : ضع رهنًا بالثمن على يدى هذا الرجل حتى أدفع إليك الجارية ، فوضعه رهنًا بالثمن ، فهلك ، هلك من مال البائع .

١٨٠٤٣- إبراهيم عن محمد رحمه الله : رجل رهن من آخر عبدًا يساوى مائتين مثلا بمائة ، فاعورّ العبد ، قال أبو حنيفة رحمه الله وزفر : ذهب نصف المائة ؛ لأن بالاعورار ذهب نصف العبد ، فيذهب من الدين بقدره ، روى الحسن ابن أبى مالك : أن قول أبى يوسف رحمه الله فى الابتداء كان مثل قول أبى حنيفة رحمه الله ، ثم رجع ، وقال : يقوم العبد صحيحًا ، ويقوم أعور ، فيذهب من الدين بحساب النقصان ، قال : العبد مال ، فالضمان فى ذلك ، وفى الجناية على قدر النقصان من قيمته ، وكذلك قال فى أحد قوليه : إذا قتل العبد خطأً يجب قيمته بالغة ما بلغت ، ولا يعقل العاقلة ؛ لأنه مال ، قال ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله : رجل رهن من آخر كر حنطة تساوى مائة بمائة ، ثم إن الراهن قال للمرتهن : خذ هذا الكر من الشعير رهنًا مكان الحنطة ، ورد

على الحنطة، وأخذ منه الشعير، ورد من الحنطة نصفها ثم اخترق الشعير، وباقي الحنطة في يد المرتهن ذهب نصف الحنطة بنصف الدين، ولا ضمان عليه فيما ذهب من الشعير؛ لأن قبل رد الحنطة لا يصير شيء من الشعير رهنًا، وقد مر جنس هذا من قبل.

١٨٠٤٤- بشر عن أبي يوسف: رجل له على رجل مال، فأعطاه المديون ثوبًا، وقال: أمسك هذا حتى أعطيك حقك، قال أبو حنيفة رحمه الله: هو رهن، وقال أبو يوسف: هو وديعة، وليس برهن، ولو قال: أمسك هذا بمالك، فهو رهن في القولين جميعًا، المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا رهن من آخر عبدًا قيمته ألفان بألف على أن المرتهن ضامن للفضل، فهو رهن فاسد، ابن سماعة عن محمد: ردّه رهن من آخر عبدًا، فقال المرتهن: آخذ هذا على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء، فقال الراهن: نعم، قال: الرهن جائز، والشرط باطل، وإن ضاع ذهب بالمال.

الفصل الرابع
فى نفقة الرهن وما شاكلها

١٨٠٤٥- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": نفقة الرهن على الراهن إذا كان الرهن شيئًا يحتاج إلى النفقة كالعبد، والدابة، وهذا لأن النفقة لا تعتمد الملك، إنما يعتمد المنفعة حتى وجب نفقة المستعار على المستعير، مع أنه لا ملك للمستعير، ونفقة الزوجة تجب على الزوج مع أنه لا ملك للزوج فى رقبتها، قلنا: ومعظم المنفعة فى إمساك الرهن حاصل للراهن؛ لأن قبض الراهن قبض إيفاء حكمًا؛ لأن المرتهن عند الهلاك يصير مستقرضًا للدين حكمًا، وفى الإيفاء منفعة للراهن، والمرتهن، إلا أن ما يحصل للراهن بالإيفاء الحكمى مثل ما يحصل له بالإيفاء الحقيقى، فإنه فى الحالين تبرأ ذمته، وما يحصل للمرتهن بالإيفاء الحكمى دون ما يحصل له بالإيفاء الحقيقى، فإنه متى استوفى حقيقة ينتفع بالمستوفى، و متى استوفى حكمًا، لا ينتفع بالمستوفى، فصار معظم المنفعة فى إمساك الرهن للراهن، فتكون المنفعة عليه.

ألا ترى أن نففقة المستأجر على الآجر؛ لأن معظم المنفعة فى إمساكه للآجر، وكذلك نفقة الموصى له بالخدمة لرجل، وبالرقبة لآخر على الموصى له بالخدمة؛ لأن عظم المنفعة له، كذا ههنا، وكذلك أجر الحمال الذى يحمل عليه العلف من السوق اليها على الراهن، وكذلك كفنه على الراهن، ويستوى فى ذلك أن يكون الرهن فى يد المرتهن، أو العدل.

١٨٠٤٦- وفى "مجموع النوازل": إذا أبى الراهن أن ينفق على الرهن، فالقاضى يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإذا قضى الدين، فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفى النفقة، فإن هلك الرهن بعد ذلك لا شىء له على الراهن، وهذا قول زفر، وقال أبو يوسف: ليس له أن يحبس بالنفقة، وإذا هلك فى يد المرتهن، فالنفقة دين على الراهن بحاله، وثمن الدواء، وأجرة الطبيب على المرتهن.

ذكر المسألة مطلقة فى موضع من كتاب الرهن، وذكر فى موضع آخر من كتاب

الرهن : أن مداراة الجراحات، والقروح، ومعالجة الأمراض تجب قسمتها، فما كان من حصة المضمون، فعلى المرتهن، وما كان من حصة الأمانة، فعلى الراهن؛ لأن المرتهن في حصة الأمانة مودع، ونفقة الوديعة على المودع، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، ومن المشايخ من قال : إنما يجب ثمن الدواء، وأجرة الطبيب على المرتهن إذا كانت الجراحة، أو المرض حدث عند المرتهن، أما إذا كان حادثا عند الراهن يجب على الراهن، ومن المشايخ من قال : لا، بل يجب على المرتهن على كل حال، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه.

وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني : أن ما حدث عند المرتهن من ذلك، فثمن الدواء، وأجرة الطبيب على المرتهن، وما كان عند الراهن إن لم يزدد في يد المرتهن حتى لم يحتج فيه إلى زيادة مداواة، فالدواء على الراهن، وإذا ازداد في يد المرتهن حتى احتيج فيه إلى زيادة مداواة، فالمداواة على المرتهن، لكن لا يجبر المرتهن عليه؛ لأن الراهن كان لا يجبر على المداواة، إن كان يجبر على النفقة، فالمرتهن أولى، لكن يقال له : هذا أمر حدث عندك، فإن أردت إصلاح مالك، وإحياءه حتى لا يتوى مالك، فداوه.

١٨٠٤٧- وفي "شرح الطحاوي" : حفظ الرهن على المرتهن حتى إن الراهن لو شرط للمرتهن شيئًا على الحفظ لا يصح، ولا يستحقه بخلاف الوديعة، فإن المودع إذا شرط للمودع شيئًا على الحفظ يصح، ويستحقه، وأجرة الراعي إذا كان الرهن شيئًا يحتاج إلى رعيه على الراهن، وأجر المأوى، والمريض على المرتهن، وكذلك أجر الحارس على المرتهن، وعن أبي يوسف : أنه إن كان في منزل المرتهن سعة فعليه إن يأوى الدابة اليها، وإن لم يكن فيه سعة، واحتاج المرتهن إلى أن يتكارى له منزلا، فالكراء على الراهن.

١٨٠٤٨- وفي القدوري : لو كان الرهن أمة فولدت، فأجر الظئر على الراهن، وسقي البستان، وتلقيح النخيل، وجذاذ الثمر على الراهن، وذكر هناك أصلا فقال : كل نفقة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته، فهو على الراهن، وكل ما كان لحفظه، أو لرده على المرتهن، أو لرد جزء منه فات فعلى المرتهن.

١٨٠٤٩- قال محمد رحمه الله في "الأصل" : وما أنفق المرتهن على الرهن، والراهن غائب، فهو فيه متطوع، فإن أمره القاضي أن ينفق، ويجعله دينًا على الراهن، فهو دين عليه، فقد أشار إلى أن بمجرد أمر القاضي لا تصير النفقة دينًا على الراهن، فإنه قال: ويجعله القاضي دينًا، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : وهكذا يقول في كتاب اللقيط، وأكثر مشايخنا على هذا أنه لا بد من التنصيص على أن يكون ذلك دينًا على الراهن، أما بمجرد الأمر بالانفاق لا يصير دينًا، وهذا؛ لأن أمر القاضي في هذا الموضع ماكان لإلزام المأمور شيئًا، فإنه لا يلزمه الانفاق، وإن أمره القاضي بذلك، لكن المقصود هو النظر، وذلك بتردد بين الأمر بالانفاق حسبة، وبين الأمر بالانفاق ليكون دينًا، فعند الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما، فلايصير دينًا إلا بالتنصيص عليه.

١٨٠٥٠- وفي "المنتقى" عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا كان الرهن غائبًا، وأنفق المرتهن على الرهن بقضاء القاضي رجع على الراهن بها، وإن كان الراهن حاضرًا، لا يرجع عليه، وقال أبو يوسف: فيهما جميعًا يرجع عليه.

الفصل الخامس
فيما يجب للمرتهن من الحق فى الرهن

١٨٠٥١- إذا مات الراهن، وعليه ديون كثيرة، فالمرتهن أحق بالرهن؛ لأنه كان أحق بالمرهون من الراهن حال حياته، فكذا ما بعد وفاته.

وإذا رهن من آخر رهنًا فاسدًا على أن يقرضه ألف درهم، وتقابضا، ثم تناقضا الرهن بحكم الفساد، وأراد الراهن استرداد الرهن، ليس له ذلك حتى يرد على المرتهن ما أداه المرتهن؛ لأن المرتهن إنما أداه الدراهم مقابلا بما قبض من الرهن، فلا يكون له ولاية نقض يد المرتهن ما لم يرد عليه ما أداه إليه، فإن مات الراهن فى هذه الصورة، وعليه ديون كثيرة، كان المرتهن أحق بالرهن من غرماءه، كما كان أحق به من الراهن حال حياته.

ولو كان رهنه بدين له عليه رهنًا فاسدًا، وسلمه، ثم تناقضا الرهن، وأراد الراهن استرداد الرهن قبل أن يؤدى دينه، فله ذلك، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك الراهن قبض بمقابلة الرهن شيئًا، فتثبت المقابلة حقيقة، أما هنا لم يقبض بمقابلة المرهون شيئًا حتى تثبت المقابلة، ولم يتعلق الرهن بذلك الدين حتى تثبت المقابلة حكمًا لفساد السبب، فكان للراهن أن يسترد، وبخلاف الرهن الصحيح؛ لأن هناك تثبت المقابلة حكمًا؛ لأن الرهن يتعلق بذلك الدين، أما هنا بخلافه، فإن مات الراهن فى هذه الصورة، وعليه ديون كثيرة، فالمرتهن لايكون أحق بالرهن من غرماء الراهن، كما لم يكن أحق به من الراهن حال حياته.

١٨٠٥٢- هذه الجملة فى بيوع "الجامع": وإذا رهن من آخر أعيانًا، وقبضها المرتهن، ثم إن الراهن قضى بعض الدين، وأراد أن يقبض بعض الرهن، ينظر إن لم يبين حصة كل واحد منهما لم يكن له ذلك، وإن بين، ذكر فى "الزيادات": أن له ذلك، وذكر فى كتاب الرهن: أنه ليس له ذلك، قيل: ما ذكر فى "الأصل" قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله، وما ذكر فى "الزيادات" قول محمد رحمه الله،

وقيل : في المسألة روايتان، وهو الأصح، فقد ذكر ابن سماعة في "النوادر" جواب محمد رحمه الله بمثل ما أجاب به في "الأصل".

أما إذا لم يبين حصة كل عين، فوجهه أن الصفقة وقعت متحدة، وفي قبض البعض تفريق الصفقة على صاحبه، وأما إذا بين حصة كل عين، فوجه ما ذكر في "الأصل" : أن الصفقة متحدة؛ لأن قوام الصفقة بالإيجاب، والقبول، وقد اتحدا، ووجه ما ذكر في "الزيادات" : أن العقد يعرف بحكمه إذ هو المقصود، وحكمه يقوم بمحله، فيتحد باتحاد المحل، ويتعدد بتعدده، إلا إذا تعذر القول بالتعدد.

وفيما إذا لم يبين حصة كل عين تعذر القول بالتعدد؛ لأنه لو تعدد صار البدل في كل عقد مجهولا، وإذا بين حصة كل فقد ارتفع هذا التعذر، فبقي على قضية الأصل، وقد استشهد في "الزيادات" لبيان أن تفريق التسمية يوجب تفريق الرهن، فقال : ألا ترى أنه إذا سمى لأحد العبدين ألف درهم، وللآخر مائة دينار، فنقد ما بإزاء أحدهما من المال، ملك قبضه.

وقال : وألا ترى أن من رهن من آخر عبدًا بألف درهم يجوز، ويصير نصفه رهنًا بنصف الألف، وثلثه رهنًا بثلث الألف، ولو صرّح به، فقال : رهنت منك نصف هذا العبد بخمسائة وثلثه بثلث الألف لا يجوز؛ لأن الرهن قد اختلف، وعند الاختلاف الرهن يتمكن الشيوع، قال مشايخنا : والمسألتان ممنوعتان على رواية كتاب الرهن.

الفصل السادس
فى الزيادة فى الرهن ومن الرهن

١٨٠٥٣- يجب أن يعلم بأن الزيادة فى الرهن حال قيام العقد صحيحة استحسانًا عند علماءنا الثلاثة، وصورتها أن يرهن رجل عبدًا من رجل بألف درهم ثم يزيد الراهن ثوبًا ليكون رهنًا مع العبد بالدين الذى رهن به العبد، صحت الزيادة استحسانًا، والتحقت بأصل العقد، وجعل كأن العقد ورد على الأصل، والزيادة حتى صار الثوب مع العبد رهنًا مضمونًا بالدين الذى رهن به العبد، والزيادة فى الدين لا تصح عند أبى حنيفة، ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبى يوسف رحمه الله، حتى إنه إذا رهن من آخر عبدًا بدين له عليه، ثم حدث للمرتهن زيادة دين على الراهن بالاستقراض، أو بالشراء، أو بسبب آخر، فجعل الرهن رهنًا بالدين القديم رهنًا به، وبالدين الحادث.

فعلى قولهما: لا يصير رهنًا هنا بالدين الحادث، حتى لو هلك، يهلك بالدين القديم، ولا يهلك بالدين الحادث، وعند أبى يوسف يصير رهنًا بهما جميعًا، ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن، فإنما يصير رهنًا بالدين القائم وقت شرط الزيادة دون الساقط، والمستوفى؛ لأن الرهن إيفاء، وإيفاء الساقط، والمستوفى لا يتصور، وينقسم الدين على الأصل، والزيادة على قدر قيمتهما، غير أن قيمة الأصل تعتبر وقت القبض بحكم العقد، وقيمة الزيادة تعتبر وقت القبض بحكم الزيادة، فأيهما هلك بعد ذلك إما الأصل أو الزيادة، هلك بما فيه من الدين، وبقى الباقى رهنًا بما فيه، هذا هو الكلام فى الزيادة فى الرهن.

١٨٠٥٤- جئنا إلى نماء الرهن، فنقول: نماء الرهن نوعان: نوع لا يدخل فى الرهن، وهو ما لايكون متولدًا من العين، ولا يكون بدلا عن جزء من أجزاء العين، وذلك نحو الكسب، والهبة، والصدقة، وأشباهها، نوع يدخل فى الرهن، وهو ما يكون متولدًا من العين كالولد والثمر، والصوف والوبر، أو يكون بدلا عن جزء من أجزاء العين كالأرش والعقر.

ومعنى دخول هذا النوع من النماء تحت الرهن أنه يحبس كما يحبس الأصل، أما لايكون مضمونًا، ولا يسرى إليه حكم الضمان حتى لو هلك هذا النوع من النماء قبل انفكاكه، لا يسقط بمقابلته شيء من الدين، وهذا؛ لأن حق الحبس تام فى عين الأم بصفة التأكد، أما حكم الضمان ليس فى عين الأم، إنما هو فى ذمة المرتهن، وإنما يسرى إلى الولد ما كان فى عين الأم، أما ما لم يكن فى عين الأم، فلا يسرى إلى الولد، فلا يسرى إليه حكم الضمان، وإذا صار هذا النوع من النماء رهنًا مع الأصل على التفسير الذى قلنا : ينقسم ما فى الأصل من الدين على الأصل، وعلى النماء على قدر قيمتهما؛ لأن الرهن بدون الدين لايكون، فيجب قسمة الدين، لكن يشترط بقاء النماء إلى وقت الفكاك، فإذا بقى إلى وقت الفكاك، تعذرت القسمة، وإن هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شيء، ويجعل كأنه لم يكن، وإن الدين كله كان بمقابلة الأم، ويعتبر قيمة الأصل يوم القبض بحكم العقد، وقيمة النماء يوم الفكاك، إلا أنه إذا وجبت القسمة فى الحال لا يدرى قيمة الولد يوم الفكاك، فيقسم الدين على قيمة الولد فى الحال، لكن بشرط أن تبقى قيمته كذلك إلى يوم الفكاك، فإن بقيت كذلك إلى يوم الفكاك، لم يظهر الخطأ فى القسمة، فيجب تقرير تلك القسمة، وإن لم تبقَ قيمته كذلك إلى وقت الفكاك، فقد ظهر الخطأ فى القسمة، فيجب نقضها، وإعادتها على تلك القيمة، ثم هذا النوع من النماء إذا صار رهنًا مع الأصل يعود بسببه ما كان ساقطًا من الدين حتى إن المرهون إذا كان جارية، فأعورت، وسقط نصف الدين، ثم ولدت الجارية بعد ذلك ولدًا، يعود ما كان ساقطًا من الدين، يجعل الولد الحادث بعد العود كالولد الحادث قبل العود، وإذا صارت الزيادة المشروطة رهنًا مع الأصل، لا يعود بسببها شيء من الدين، ولاتجعل الزيادة المشروطة بعد عود الجارية كالزيادة المشروطة قبل عودها.

والفرق أن الزيادة المشروطة إنما تصير رهنًا بشرطهما وتراضيهما، وهما جعلاها رهنًا بالدين القائم لا غير، أما الزيادة المتولدة، إنما صارت رهنًا بطريق سراية عقد الأم اليها، وعقد الأم بعد الاعورار قائم بكماله، فجاز أن يسرى اليها كل حكم الرهن.

الفصل السابع
في تسليم الرهن عند قبض المال

١٨٠٥٥- قال محمد رحمه الله في "الزيادات": رجل رهن من آخر جارية تساوي ألف درهم بألف درهم، فجاء المرتهن يطلب دينه، وأبى الراهن ذلك حتى يحضر المرتهن الجارية، والراهن والمرتهن في مصرهما، فإنه يؤمر المرتهن بإحضار الجارية أولا، ولولقيه في غير المصر الذي رهنه فيها، وطالبه بقضاء الدين، وأبى الراهن ذلك حتى يحضر الرهن، أجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يؤمر المرتهن بإحضار الرهن، سواء كان الرهن شيئًا له حمل ومؤنة، أو لا حمل له ولا مؤن.

من مشايخنا من قال: هذا الجواب في الذي لا حمل له، ولا مؤنة جواب القياس، وفي الاستحسان: يجبر المرتهن على الإحضار أولا؛ لأن الأمكنة فيما لا حمل له، ولا مؤنة كمكان واحد، ولهذا في باب السلم لا يشترط مكان الإيفاء فيما لا حمل له، ولا مؤنة بالإجماع، فصارت الأمكنة كلها كالمصر الذي وقع فيه انعقاد عقد الرهن.

ومنهم من قال: ما ذكر جواب القياس والاستحسان، وهو الصحيح، ولو أن رجلا له على آخر ألف درهم منجم، فرهنه بالمال كله رهنًا يساويه، فحل نجم، وطالبه المرتهن بذلك القدر، وأبى الراهن أداءه حتى يحضر الرهن، لا يجبر المرتهن على إحضار الرهن، إذ لا فائدة فيه؛ لأن المرتهن لا يؤمر بتسليم الرهن؛ لأن المرهون محبوس بجميع أجر الدين، فإن قال الراهن: قد توى الرهن، وصار المرتهن مستوفيًا دينه، فليس على قضاء شيء من الدين، وطلب من القاضي أن يأمره بالإحضار، فيصير حاله معلومًا، فالقياس أن لا يأمره بالإحضار، وفي الاستحسان قال: إذا كانا في المصر الذي رهنه فيه، يأمره بالإحضار، وإن رأى القاضي في المصر أن لا يكلفه إحضار الرهن، ويحلفه البتة: بالله ما ضاع الر هن، ولا توى، و يأمر الراهن أن يعطيه ما حل عليه من دينه فعل ذلك؛ لأنه ربما يكون نظر المرتهن في هذا، فإنه لو أحضره، لا يأمن القاضي أن يخرجه من يد المرتهن بطريق التغلب.

١٨٠٥٦- رجل رهن عن رجل جارية، وضعها على يدى عدل، فمات العدل، وأودع الرهن عند من فى عياله، فحضر المرتهن يطلب دينه من الراهن، فقال: لا أعطيك حتى تحضر الرهن، وقال المودع: أودعنى فلان، ولا أدرى لمن هو؟ فإن الراهن يجبر على قضاء الدين؛ لأن المرتهن عاجز عن إحضار الرهن؛ لأن يد العدل فيما وراء الاستيفاء يد الراهن، فكان عاجزًا عن إحضاره، فلا يتأخر بتأخره تسليم الدين، فإن توى الرهن فى يد العدل رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه، وكذلك لو غاب العدل، وذهب بالرهن، ولا يدرى أين غاب؟ يجبر الراهن على قضاء الدين، فإن قال الراهن: إن الرهن قد هلك فى يد العدل، استحلف المرتهن عليه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقربه يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، ويستحلف على العلم؛ لأنه يستحلف على الهلاك فى يد الغير، فإن نكل صار مقرًا بالهلاك والاستيفاء، فلايكون له على الراهن بعد ذلك سبيل، وإن حلف لم يصر مقرًا بذلك، وكان له قبض دينه.

ولو كان الذى أودعه العدل الرهن، جحد الرهن، وقال: هو لى، فليس للمرتهن على الراهن سبيل، حتى يثبت كونه رهنًا عند القاضى؛ لأن جحود العدل الرهن توى، فإن الشرع جعل القول قوله، وبالتوى يثبت الاستيفاء -والله أعلم-.

الفصل الثامن
فى تصرف الراهن أو المرتهن فى المرهون تصرفًا

١٨٠٥٧- إذا تصرف الراهن فى المرهون قبل سقوط الدين من غير رضى المرتهن تصرفًا يلحقه الفسخ كالبيع، والإجارة، والكتابة، والهبة، والصدقة، والإقرار، ونحوها، لا يجوز ذلك التصرف فى حق المرتهن أصلا، ولا يبطل حقه فى الحبس، وإذا قضى الراهن الدين، وبطل حق الحبس نفذ تصرفات الراهن، وإن تصرف تصرفًا لا يلحقه الفسخ، كالعتق نفذ، وبطل الرهن عندنا، فبعد ذلك ينظر إن كان الراهن موسرًا، فلا سعاية على العبد، وعلى الراهن الضمان، وإن كان الدين محالا فى الأصل، أو كان مؤجلا، إلا أنه قد حل أجله أجبر الراهن على القضاء، وإن لم يحل الأجل أخذ المرتهن قيمة العبد، وحبسها بدينه مكان العبد، وإن كان الراهن معسرًا، فللمرتهن أن يسعى[1] العبد، وينظر فى ذلك إلى قيمة العبد يوم العتق، وإلى قيمته يوم الرهن، وإلى الدين، فيستسعى العبد فى أقلها، ثم يرجع العبد على الراهن بما سعى إذا أيسر، ويرجع المرتهن على الراهن ببقية دينه أن فضل الدين على السعاية، وإن كان مكان الإعتاق تدبير، فالجواب فيه نظير الجواب فى الإعتاق، إلا فى خصلتين: إحداهما: أن فى فصل العتق إذا كان الراهن معسرًا، فالعبد يسعى فى الأقل من ثلاثة الأشياء، وفى التدبير يسعى فى جميع الدين بالغًا ما بلغ، والثانية: أن فى التدبير لا يرجع المدبر على المولى بما يسعى؛ لأن بالتدبير لا يخرج من أن يكون سعاية مال المولى، فيسعى فى جميع الدين، ولا يرجع، ولا كذلك العتق.

١٨٠٥٨- وإذا آجر المرتهن من أجنبى بغير أمر الراهن، فالغلة للمرتهن، ويتصدق بها عند أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله؛ لأنه بمنزلة الغاصب، وإن كان الراهن أذن له، كان الأجر للراهن، وينتقض الرهن حتى لا يعود رهنًا إلا بتجديد من ذى اليد [وكذلك لو أن المرتهن رهن الرهن من غيره بإذن الراهن

(١) وفى ف وم: يستسعى.

ينتقض الرهن، ولا يعود رهنًا إلا بتجديد من ذى اليد][1]، قيل: وإن كان المرتهن استهلك هذه الغلة ضمنها، وإن هلكت فى يده، فلا ضمان عليه؛ لأنه وكيل بالإجارة، والجواب فى الوكيل بالإجارة إذا قبض الأجر على هذا الوجه.

وإن كان الرهن دابة، أو عبدًا، فركب المرتهن الدابة، أو استعمل العبد بغير إذن الراهن، فهلك فى حالة الاستعمال، فإنه ضامن، ولا يسقط شىء من الدين، وتكون القيمة رهنًا عنده مقام العين، كما لو أتلفه أجنبى آخر، وإن ترك الاستعمال عاد رهنًا كما كان، حتى لو هلك فى هذه الحالة هلك مضمونًا بالدين، وإن كان الراهن أذن له فى ذلك، فهلك فى يده فى حال الاستعمال هلك غير مضمون حتى لا يسقط بشىء من الدين؛ لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن بإذن المرتهن، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

وكذلك لو أعاره الراهن بإذن المرتهن من أجنبى، وأعاره المرتهن بإذن الراهن من أجنبى، فهلك فى يد المستعير، لا يسقط شىء من الدين، ولكن للمرتهن أن يعيده إلى يده، والحاصل أن بيد العارية ينعدم ضمان الرهن، ولكن لا يرتفع عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن يعيده إلى يده، فلو ولدت ولدًا فى يد المستعير راهنًا كان المستعير، أو أجنبيًا، أو مرتهنًا، كان الولد مرهونًا، وبيد الإجارة، والرهن يبطل عقد الرهن، وبيد الوديعة لا يبطل عقد الرهن حتى لو أودع المرتهن الرهن من رجل بإذن الراهن، أو أودعه الراهن بإذن المرتهن، كان للمرتهن أن يعيده إلى يده.

١٨٠٥٩- وإذا كان المصحف رهنًا، وأذن الراهن للمرتهن أن يقرأ فيه، فالمصحف فى حالة القراءة عارية، لو هلك، هلك بغير شىء، وإذا فرغ من القراءة عاد رهنًا كما كان، وفى عارية "الواقعات": رجل رهن عند رجل خاتمًا، وقال للمرتهن: نختم به، فختم به، فهلك فى حالة التختم إن أمره أن يتختم به فى الخنصر يهلك أمانة، والدين على حاله؛ لأنه صار عارية، فخرج من أن يكون رهنًا مضمونًا، فإن أخرجه من الإصبع، ثم هلك هلك بالدين؛ لأنه عاد ضمان الرهن، وإن أمره أن يتختم به فى البنصر، فهلك فى حال التختم يهلك بالدين؛ لأنه يكون عارية؛ لأن هذا أمر

(١) أثبت من ظ.

بالاستحفاظ، لا بالاستعمال، هو الصحيح، فلو أمره أن يتختم به في الخنصر، ويجعل الفص من جانب الكف، فهذا وما لو لم يأمره أن يجعل الفص من الجانب الكف سواء، هو الصحيح، ذكره شيخ الإسلام في باب إجارة الحلي.

١٨٠٦٠- وإذا باع أحدهما، إما الراهن، أو المرتهن الرهن بإجازة صاحبه، خرج من أن يكون رهنًا، وكذلك إذا باعه أحدهما بغير إجازة صاحبه، فأجازه صاحبه بعد ذلك، خرج منه أن يكون رهنًا، وكان الثمن رهنًا مكانه قبض من المشتري، أو لم يقبض، فإن توى الثمن على المشتري، أو توى بعد ما قبض منه كان التوى على المرتهن، وكان للمرتهن من الحبس في الثمن ما كان له من الجنس في الرهن، الذي بيع إلى أن يحل دينه، كذا ذكره الكرخي في "مختصره".

وقال القدوري: وهذا على وجهين: إن كان البيع مشروطًا في عقد الرهن، فالثمن رهن؛ لأن البيع حينئذٍ من حقوق الرهن، فلا يوجب بطلان الرهن، كالإمساك، ولأن المرتهن إنما شرط البيع في الرهن زيادة في التوثق، فلو أزال ذلك حقه من الثمن بطل مقصوده، أما إذا لم يكن البيع مشروطًا، فإنه يوجب انتقال الحق إلى الثمن عند محمد رحمه الله.

قال الطحاوي في "اختلاف العلماء": لم نجد في ذلك خلافًا، وذكر القدوري رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله: أن المرتهن إن شرط في الإجارة أن الثمن رهن، فهو رهن، وإلا فقد خرج من الرهن، وفي شرح الطحاوي: أن الثمن رهن من غير فصل، وهو الصحيح؛ لأن الثمن بدل المرهون، فيتعلق به ما يتعلق بالمرهون.

١٨٠٦١- وفي "مجموع النوازل": إذا رهن من غيره ثوبًا يساوي عشرين درهمًا بعشرة دراهم، ثم إن الراهن أذن للمرتهن في لبسه، فلبسه، ونقصه ستة دراهم، ثم لبسه المرتهن بغير إذن الراهن، فنقصه أربعة دراهم، ثم ضاع الثوب، وقيمته عشرة دراهم، فالمرتهن رجع على الراهن بدرهم.

ووجهه أن الثوب لما رهن بعشرة، وقيمته عشرون صار كل درهمين رهنًا بدرهم، فإذا ذهب ستة بلبس المرتهن بإذن الراهن، فقد وجبت للمرتهن على الراهن ثلاثة؛ لأن هذه الستة ذهبت باستعمال الراهن معنى؛ لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال

الراهن بنفسه، فضمان الستة الذاهبة تكون على الراهن، وذلك ثلاثة دراهم بمقابلة كل درهمين درهم، فإذا ذهب أربعة بعد ذلك بلبس المرتهن بغير إذن الراهن، فهذه الأربعة كلها تكون مضمونة على المرتهن؛ لأنها ذهبت باستعماله، فلما هلك، وقيمته عشرة، صار المرتهن مستوفيًا من دينه خمسة، وقد وجب للراهن على المرتهن أربعة، وللمرتهن على الراهن ثلاثة، فصار ثلاثة بثلاثة قصاصًا، وبقي على الراهن درهم، فيحتسب عليه من حقه، وبقي له إلى تمام حقه درهم؛ لأنه استوفى خمسة بهلاك الرهن، وقضى ثلاثة بطريق المقاصة، واحتسب عليه درهم مما هلك باستعماله، فجملة ما حصل له تسعة، بقي له إلى تمام حقه درهم، فيرجع بذلك على الراهن.

١٨٠٦٢- وإذا أثمر النخيل، أو الكرم، وهو رهن، فخاف المرتهن على الثمر الهلاك، فباعه من غير أمر القاضي، لم يجز بيعه، وكان ضامنًا، وإن باعه بأمر القاضي، أو باعه القاضي بنفسه، نفذ البيع، ولا يجب الضمان، وإن جز الثمر، وقطف العنب بغير أمر القاضي، لايضمن استحسانًا؛ لأن هذا من باب الحفظ، وحفظ المرهون حق المرتهن، وكذلك إذا حلب الغنم، والإبل لا يضمن استحسانًا، ولو كانت شاة، أو بقرة فذبحها، وهو يخاف الهلاك يضمن قياسًا واستحسانًا.

والحاصل أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع، والإجارة، فذلك ليس بمملوك للمرتهن، ولو فعل يضمن وإن كان فيه تحصين، وحفظ عن الفساد، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي، فحينئذ لا ضمان عليه، وكل تصرف لا يزيل العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك وإن كان بغير أمر القاضي إذا كان فيه تحصين، وحفظ عن الفساد، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٨٠٦٣- إذا رهن من آخر شاة تساوي عشرة بعشرة، وأذن الراهن للمرتهن أن يحلب لبنها، ويشرب منها، ففعل المرتهن ذلك، لا ضمان عليه؛ لأن فعل المرتهن بإذن الراهن كفعل الراهن بنفسه، ولو فعل الراهن ذلك بنفسه، لا ضمان على المرتهن، فكذا إذا فعله المرتهن بإذنه، فإن حضر الراهن بعد ذلك، يفتك الشاة، أفتكها بجميع الدين؛

لأن فعل المرتهن بإذن الراهن لما كان كفعل الراهن، صار الراهن عند أخذ الشاة مستردًا كل الرهن، وكان عليه إذا كل الدين، فإن هلكت الشاة، وفى يد المرتهن قبل أن يحضر الراهن، ثم حضر الراهن، قال: يقسم الدين على قيمة الشاة يوم قبضت، وعلى قيمة اللبن يوم شرب، فيسقط حصة الشاة، وبقى حصة اللبن.

وكذلك لو ولدت ولدًا، فأكل المرتهن الولد بإذن الراهن، كان الجواب فيه كالجواب فى اللبن، وكذلك لو أكل أجنبى الولد بغير إذن الراهن، أو اللبن بإذن الراهن، أوالمرتهن كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أكل المرتهن بإذن الراهن، وإن كان المرتهن أكل اللبن، أو الولد بغير إذن الراهن، وجب عليه الضمان، وصار الضمان مع الشاة محبوسًا بالدين؛ لأن الضمان قائم مقام الولد واللبن، فيكون محبوسًا كالولد واللبن، وإذا هلكت الشاة بعد ذلك، هلكت بحصتها من الدين، وأخذ الراهن الضمان بحصته من الدين؛ لأنه قائم مقام الولد واللبن، والحكم فيهما هذا، فكذا فيما قام مقامهما، وإن أكل الراهن الولد، أو اللبن بغير إذن المرتهن، ضمن القيمة، ويكون الضمان محبوسًا عند المرتهن مع الشاة، إن يهلك يهلك هدرًا؛ لأن الضمان قائم مقام الولد واللبن، ولو هلك الولد، واللبن فى يد المرتهن هلك هدرًا، فكذا إذا هلك ما قام مقامهما، فإن هلكت الشاة بعد ذلك، هلكت بجميع الدين، كما لو هلك بعد هلاك الولد واللبن.

الفصل التاسع
فى اختلاف الراهن والمرتهن فى الرهن والشهادة فيه

١٨٠٦٤- إذا اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هلك فى يديك، وقال المرتهن: قبضته منى بعد الرهن، وهلك فى يديك، فالقول قول الراهن؛ لأن المرتهن مدعى عليه، استردادًا عارضًا، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الراهن أيضًا، ويصير المرتهن ضامنًا، وإن قال المرتهن: هلك فى يد الراهن، قبل أن أقبضه، كان القول قوله لإنكاره دخوله فى ضمانه، والبينة بينة الراهن لاثباته إيفاء الدين.

إذا قال الراهن: رهنتك هذه الجارية بخمسمائة، وقال المرتهن: رهنتنى بألف، فالقول قول الراهن مع يمينه، ولم يكن رهنًا إلا بخمسمائة، ولو قال الراهن: رهنتكها بألف، وقال المرتهن: لا، بل رهنتنيها بخمسمائة، روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنهما يتحالفان ويترادّان.

١٨٠٦٥- وروى عيسى بن أبان عن محمد رحمه الله: إذا كان الرهن ثوبًا، وأذن الراهن للمرتهن فى لبسه فلبسه، وهلك، واختلفا فى هلاكه أنه فى حالة اللبس، أو بعد ما نزعه، وعاد إلى الرهن، فالقول قول المرتهن؛ لأنهما قد اتفقا على خروجه من الرهن، فلا يصدق الراهن فى عوده إلى الرهن.

١٨٠٦٦- وعنه أيضًا: رهن من آخر عبدًا يساوى ألف درهم بألف درهم، وسلط الراهن المرتهن على بيعه، فقال المرتهن: بعته بخمسمائة، وقال الراهن: لم تبعه، ولكنه مات فى يدك، فإن الراهن يحلف بالله ما تعلم أن المرتهن باعه بخمسمائة، ويكون القول قوله، ولا يستحلف بالله، لقد مات فى يد المرتهن؛ لأنه لو قال: لا أدرى أنه مات فى يده أم لم يمت فى يده، ولكنى أدرى أنه لم يبعه، لكان ذلك له، فيحلفه بالله ما يعلم أنه باعه.

١٨٠٦٧- بشر عن أبى يوسف رحمه الله: إذا كان الرهن ثوبًا، وقد أذن الراهن

للمرتهن فى لبسه يومًا، فجاء المرتهن بالثوب إلى الراهن، وهو متخرق، فقال: إنه متخرق فى لبس ذلك اليوم، وقال الراهن: لم تلبسه فى ذلك اليوم، ولم يتخرق فى لبسك، فإن القول قول الراهن، وإن أقر الراهن أنه لبسه فى ذلك اليوم غير أنه قال: أصابه هذا الخرق قبل اللبس، أو بعده، فالقول قول المرتهن: إنه أصابه فى لبسه؛ لأنهما اتفقا على خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن، وكان القول قول المرتهن فى مقدار ما عاد إلى ضمانه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن فيها قد اتفقا على دخوله فى الضمان ضمانًا صحيحًا، ولم يعترف الراهن بخروجه من الضمان، ولا يقبل قول المرتهن فى ذلك إذا كان الرهن عبدًا، فأقام الراهن بينة أنه أبق عند المرتهن، وأقام المرتهن بينة أنه أبق من يد الراهن بعد ما رده عليه.

قال ابن سماعة: قال محمد رحمه الله: أخذ بينة المرتهن؛ لأنه قد أبق عنده، ثم يجده فيرده، فيكون دينه على حاله، وهو برىء منه.

١٨٠٦٨- بشر عن أبى يوسف: إذا وقع الاختلاف بين الراهن، والمرتهن فى ولد المرهونة، فقال المرتهن: ولدته عندى، فالقول قوله؛ لأنه فى يده، ولم يقر أنه أخذه من غيره، ولو قال المرتهن: رهنتهما جميعًا، وقال الراهن: رهنتك الأم وحدها، فالقول قول الراهن، وإذا أنكر الراهن الرهن، فإن كان المرتهن ادعى الرهن مع القبض، تقبل بينته على الارتهان، والقبض، وإن كان قد ادعى مجرد العقد، لا تسمع منه البينة عليه؛ لأن مجرد العقد ليس بلازم، وإن كان المرتهن جحد الرهن، لا تسمع من الراهن البينة على الرهن؛ لأن العقد غير لازم من قبل المرتهن، وسواء شهد الشهود على معاينة القبض، أو على إقرار الراهن بذلك، فهو سواء عند أبى حنيفة رحمه الله فى القول الآخر، وهو قولهما.

١٨٠٦٩- إذا أقام الراهن بينة أنه رهنه عبدًا يساوى ألفى درهم بألف درهم، وأنكر المرتهن الرهن، ولا يدرى ما صنع بالعبد، ضمن قيمة العبد يحتسب له من ذلك مقدار الدارين، ويرد الباقى على الراهن، ولو أقر المرتهن بالرهن، والموت عنده هلك بما فيه، ولا يضمن الزيادة؛ لأنه أمين فى الزيادة، ولم يوجد منه جحود، فلا يضمن الزيادة.

الفصل العاشر

فى رهن الفضة بالفضة والذهب بالذهب

١٨٠٧٠- ما يجب اعتباره فى هذا الفصل أن الإناء المصنوع إذا قوبل بجنسه رهنًا، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يعتبر الوزن فى الاستيفاء عن الهلاك، ولا يعتبر الصنعة، والجودة، وعلى قولهما: كذلك إلا إذا أدى اعتبار الوزن وحده إلى إلحاق الضرر بأحدهما، أما الراهن أو المرتهن، فحينئذٍ يعتبر الصنعة، والجودة كما يعتبر الوزن، وإذا وجب اعتبار الصنعة، والجودة عندهما، ولا يمكن جعل المرتهن مستوفيًا مع اعتبار الصنعة، والجودة لمكان الربا، أو غير ذلك، يجب القيمة من خلاف الجنس.

١٨٠٧١- بيان هذا الأصل فيما إذا رهن من آخر قلب فضة، وزنه عشرة، وقيمته عشرة بعشرة دراهم، فهلك القلب سقط جميع الدين بلا خلاف؛ لأن بالوزن وفاء بالدين، وكذلك بالقيمة، وإن كانت قيمة القلب لرداءته ثمانية فهلك، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يسقط جميع الدين؛ لأنه يعتبر الوزن فى الاستيفاء عند الهلاك، وفى الوزن وفاء بالدين، وعندهما يغرم المرتهن قيمته من خلاف الجنس، ولا يهلك بالدين؛ لأنه إن هلك بالدين بوزنه يتضرر به المرتهن؛ لأنه يصير مستوفيًا دينه عشرة بشىء قيمته ثمانية، وإن هلك بقيمته أدى إلى الربا، ويصير مستوفيًا من دينه ثمانية بشىء وزنه عشرة، وإذا تعذر ضمان الوزن اعتبرنا ضمان القيمة؛ لأن الراهن ما رضى بقبض المرتهن إلا بجهة الضمان، وإنما اعتبرنا القيمة من خلاف الجنس تحرزًا عن الربا.

١٨٠٧٢- ومن رهن من آخر قلب فضة وزنه ثمانية بدين عشرة، فهلك القلب، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يصير مستوفيًا من دينه ثمانية سواء كانت قيمة القلب مثل وزنه، أو أقل، أو أكثر، وسواء كانت قيمته مثل الدين، أو أقل، أو أكثر منه؛ لأنه يعتبر الوزن عند الهلاك، وعندهما إن كانت قيمته مثل وزنه ثمانية يصير مستوفيًا من دينه ثمانية، وإن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه؛ لأنه لا يمكن جعله مستوفيًا للدين؛ لأنا لو جعلناه مستوفيًا باعتبار الوزن وحده؛ لأن قيمته

أقل من الوزن، ولا يمكن جعله مستوفيًا باعتبار الوزن، إما لدفع ضرر المرتهن، أو للتحرز عن الربا، فتعين التضمين من خلاف الجنس، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه، وأقل من الدين، أو مثل الدين، فكذلك الجواب يضمن قيمته من خلاف جنسه؛ لأنه لا يمكن جعله مستوفيًا للدين؛ لأنا لو جعلناه مستوفيًا باعتبار الوزن وحده يتضرر به الراهن، ولو جعلناه مستوفيًا باعتبار الصنعة والجودة، يؤدى إلى الربا، ويتضرر به المرتهن، فتعين التضمين من خلاف الجنس.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين اثنى عشر يضمن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف الجنس عندهما؛ لأنه تعذر اعتبار الاستيفاء، فيجب القيمة، وإنما تجب قيمة هذا المقدار؛ لأن ما زاد عليه أمانة، ويجبر اليد، ويكون رهنًا، مع ما ضمن من قيمة خمسة أسداسه.

١٨٠٧٣- وإذا رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة، فهلك القلب، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يصير المرتهن مستوفيًا دينه بثلثى القلب على كل حال، سواء كانت قيمته مثل وزنه، أو أكثر من وزنه عشرين، يصير المرتهن مستوفيًا دينه بثلثى القلب، وإن كانت قيمة القلب أقل من وزنه، أو أكثر من الدين اثنى عشر ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب، وذلك قدر الدين من خلاف جنسه، وإن كان قيمته مثل الدين عشرة، أو أقل من الدين ثمانية، يضمن قيمة جنسه، إذ ليس فى القيمة فضل على الدين، ولتعذر الاستيفاء.

هذا هو الكلام فيما إذا هلك، وأما إذا انكسر القلب، وفسد، فلا يسقط شىء من الدين بالإجماع؛ لأنه لو سقط صار المرتهن مستوفيًا شيئًا من دينه بالجودة، ولا وجه للشبه؛ لأن الاستيفاء لا يقع بالجودة، وإنما يقع بالوزن، وإذا لم يسقط من الدين ماذا يصنع؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يجبر الراهن على الفكاك[1] بجميع الدين؛ لأنه يؤدى إلى الإضرار به، فإنه يصل إليه ماله ناقصًا من غير أن يسقط شىء من دينه، بل يخير إن شاء أفتكه ناقصًا بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن القيمة، وترك

---

(١) هكذا فى ظ وف، وفى الأصل وم: على انفكاكه.

القلب عليه بالقيمة، ويصير المكسور ملكًا للمرتهن بالضمان، ويكون الضمان رهنًا قائمًا مقام المرهون، ثم كيف يضمنه القيمة؟ اختلفا فيما بينهما.

قال أبو حنيفة رحمه الله: يضمنه قدر الدين من الرهن بوزنه، وصنعته بالغة ما بلغت، وليس ضمان الصنعة، والجودة عندهما حالة الانكسار بطريق الأصالة، بل تبعًا للوزن، والمضمون بطريق الأصالة قدر الدين بوزنه، ثم إذا صار الوزن مضمونًا صارت الصنعة، والجودة مضمونة تبعًا.

بيانه: فيما إذا كان الوزن مثل الدين بأن كان الدين عشرة، ووزن القلب عشرة، إلا أن قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر، فانكسر الرهن، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: كان للراهن أن يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه اثنى عشر؛ لأن عنده العبرة للوزن، وليس فيه فضل على الدين، فصار كل الوزن مضمونًا، وإذا صار كل الوزن مضمونًا صار الجودة مضمونة بطريق التبعية.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يضمنه قيمة قدر الدين من الرهن من الوزن، والصنعة جميعًا، حتى إن فى المسألة التى قلنا لأبى حنيفة رحمه الله: يضمنه قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه، فضمان الصنعة، والجودة عنده حالة الانكسار بطريق الأصالة كضمان الوزن.

فالضمان، والأمانة يشيعان[1] فى الوزن، والصنعة عنده، وقدر قيمة خمسة أسداس القلب قدر الدين، فيضمن ذلك القدر.

وأما على قول محمد رحمه الله: إن لم يفت بالانكسار شيء من الجودة، أو فات شيء من الجودة التى هى أمانة، لا يلتفت إليه، ويجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين، وإن فات بالانكسار بعض الوزن، أو فات شيء من الجودة التى هى مضمونة، فحينئذٍ يخير الراهن إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء تركه بالدين، لا بالقيمة.

فالأصل عند محمد رحمه الله فى مسائل القلب، أنه إذا كان فى وزنه وفاء بالدين، كان فى قيمته وفاء بالدين، وزيادة تصرف الدين يعنى ضمان الدين إلى الوزن، والأمانة إلى الصناعة والجودة، وإذا لم يجد فى الوزن وفاء بالدين، وكان فيه زيادة

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: يسقطان.

صنعة لها قيمة، ضم إلى الوزن من الصناعة ما يتم به مقدار الدين، وجعل ذلك مضمونًا، وصرف الأمانة إلى ما بقى من الصنعة، والجودة للضرورة؛ لأنا لم نجد فى الوزن ما يفى بالدين، فضم إليه من الصنعة التى هى قيمة تمام الدين.

فهذا هو بيان مذهب محمد رحمه الله، وصار الكلام فى فصل الانكسار فى موضعين: أحدهما: أنه اذا لم يفت شيء من الوزن، ولا من الجودة التى هى مضمونة بالانكسار، هل يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين؟ على قولهما: لا يجبر، بل يخير، وعلى قول محمد: يجبر على الفكاك بجميع الدين، والثانى: أنه إذا فاته بالانكسار شيء من الوزن، أو من الجودة التى هى مضمونة، وثبت للراهن الخيار، إذا اختار ترك القلب على المرتهن يتركه بالدين، أو بالقيمة؟ على قول محمد يتركه بالدين، إلا إذا تعذر، فحينئذٍ يتركه بالقيمة، وعلى قولهما يتركه بالقيمة، إلا أنهما يختلفان فى كيفية ضمان القيمة على نحو ما بينا.

١٨٠٧٤ - بيان ما ذكرنا إذا رهن من آخر قلب فضة، وزنه عشرة، وقيمته عشرة بعشرة، فانكسر القلب، وفسد، لا يجبر الراهن على الفكاك بلا خلاف، لا وجه أن يفتكه بجميع الدين؛ لأنه يتضرر، ولا وجه إلى أن يسقط شيء من الدين فى مقابلة النقصان؛ لما ذكرنا، فيجبر كما لو انكسر القلب فى يد الغاصب، وإذا خير، قال أبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله: إن شاء أفتكه بجميع الدين، رضى بالنقصان، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه؛ لأن التقويم من خلاف الجنس للتحرّز عن الربا، ولا ربا ههنا؛ لأن قيمة القلب مثل الوزن.

وقال محمد رحمه الله: إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء جعله للمرتهن بدينه، وإن كان قيمته لرداءته أقل من وزنه ثمانية، وانكسر، فالراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاتفاق، فهما مرّا على أصوله، ومحمد ترك أصله، حيث لم يثبت خيار الجعل بالدين لتعذره؛ لأنه إن جعل بالدين بوزنه يتضرر به المرتهن، وإن جعل بالدين بقيمته يؤدى إلى الربا، وإذا تعذر الجعل بالدين تعذر ضمان القيمة، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر، فانكسر فى يد المرتهن، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين،

وإن شاء ضمن المرتهن قيمة الرهن سواء كانت قيمة القلب مثل وزنه ثمانية، أو أقل من وزنه سبعة، أو أكثر من وزنه، وأقل من الدين تسعة، أو مثل الدين عشرة، أو أكثر من الدين، أو اثنى عشر، وتعتبر القيمة بالغة ما بلغت فى الوجه الثالث والرابع والخامس، وتصير الصنعة، والجودة عنده مضمونة تبعًا للوزن، غير أن فى الوجه الأول تعتبر القيمة من جنسه لانعدام الربا، وفى الوجه الثانى تعتبر القيمة من خلاف الجنس لتحقق الربا[1].

وعند أبى يوسف رحمه الله: الجواب كما قلنا لأبى حنيفة رحمه الله: فى الوجه الأول، والثانى والثالث والرابع، وفى الوجه الخامس إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف الجنس؛ لأن عنده المضمون قدر الدين من الوزن، والصنعة جميعًا، وخمسة أسداس القلب بوزنه، وصنعته مثل الدين.

وعند محمد رحمه الله: فى الوجه الأول، وهو ما إذا كانت قيمته مثل الوزن، وإن شاء الراهن أفتكه بجميع الدين، وإن شاء جعله للمرتهن بثمانية من دينه، وفى الوجه الثانى، والثالث، والرابع إن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف الجنس لتعذر الجعل بالدين، وفى الوجه الخامس إن فات بالانكسار درهم، أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين، وإن فات أكثر من ذلك يخير إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن من القلب ما يساوى عشرة، وليس له أن يجعله بالدين لمكان التعذر.

١٨٠٧٥- وإذا رهن من آخر قلب فضة، وزنه خمسة عشر بعشرة فانكسر، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمة ثلثى القلب على كل حال، غير أنه إذا كانت قيمته مثل وزنه ضمنه قيمة ثلثيه من جنسه، وفيما عدا ذلك يضمن قيمة ثلثه من خلاف جنسه.

وعند أبى يوسف رحمه الله: إن كانت قيمته مثل وزنه فكذلك، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين مثلا، فإن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاءضمن المرتهن قيمة

---

(١) وفى الأصل: لتحقق الربا عند أبى حنيفة.

نصفه من خلاف جنسه؛ لأن عنده يشيع الأمانة، والضمان في الوزن والجودة، وقدر الدين من الوزن والجودة مثل نصفه، وإن كانت قيمته أقل من وزنه، وأكثر من الدين اثني عشر، فإن شاء أفتكه، وإن شاء ضمن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه.

وإن كانت قيمته مثل وزنه عشرة، أو أقل من وزنه ثمانية، فإن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمنه قيمة جميعه من خلاف جنسه.

وأما عند محمد رحمه الله: فإن كانت قيمته مثل وزنه إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء جعل ثلثيه للمرتهن بدينه، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين، فإن انتقض بالانكسار عشرة، أو أقل يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين، وإن كان أكثر إن شاء أفتكه بجميع دينه، وإن شاء ترك ثلثيه للمرتهن بدينه، وإن كانت قيمته أقل من وزنه، وأكثر من الدين اثني عشر، فإن شاء أفتكه بجميع دينه، وإن شاء ضمنه قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه، وإن كانت قيمته مثل وزنه عشرة، أو أقل من وزنه ثمانية، فإن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمنه قيمة جميعه من خلاف جنسه.

١٨٠٧٦- قال محمد رحمه الله في "الأصل": إذا ارتهن[1] من آخر قلب فضة وزنه عشرة، فكسر رجل عنده القلب، فإن قدر عليه غرم قيمته مصنوعًا من الذهب، إذا اختار الراهن الترك عليه، ويكون القيمة رهنًا عند المرتهن يبقى ببقاء جميع الدين، وإن لم يقدر عليه فالجواب فيه كالجواب فيما إذا انكسر عن المرتهن؛ لأن المرتهن لم يكن من جهته، فكأنه انكسر عنده من غير صنع أحد، وإن أبى الراهن، والمرتهن أن يدفعا إليه القلب، ورضيا أن يكون رهنًا، وهو مكسور، فلا ضمان على الرجل؛ لأنه لو ضمن بمقابلة الجودة بانفرادها.

قال شمس الأئمة السرخسي: ذكر محمد رحمه الله إباء الراهن والمرتهن، والمعتبر إباء الراهن خاصة، قال محمد رحمه الله في "الأصل" أيضًا: ارتهن من آخر خاتم فضة، فيه من الفضة درهم، وفيه فص يساوي تسعة بعشرة دراهم، فهلك الخاتم، هلك بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله على كل حال، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله:

---

(١) وفي ظ: أرهن.

إن كانت قيمة الحلقة درهمًا، أو أكثر، فكذلك الجواب، فأما إذا كانت قيمة الفضة التى فى الخاتم أقل من درهم، بأن كانت نصف درهم مثلا، فإن بهلاك الفص يسقط تسعة دراهم، وللراهن الخيار فى الفضة التى فى الخاتم؛ لأن عندهما فى مثل هذه المسائل يعتبر الوزن والقيمة، ولا وفاء للقيمة ههنا، فيخير الراهن إن شاء جعل بدينه، وإن شاء ضمن له قيمة الحلقة نصف درهم من الذهب، ثم يرجع المرتهن على الراهن بدرهم.

وأما إذا انكسر الفص دون الحلقة، يسقط من الدين الذى كان بإزاء الفص بقدر ما انتقص الفص بالإجماع؛ لأن الجودة لها قيمة فى غير مال الربا على الانفراد، وإن انكسر الحلقة، فالراهن بالخيار عندهم جميعًا، إن كانت قمية الحلقة درهمًا، أو أقل، فإن اختار الترك، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله: يترك بالقيمة، وعند محمد رحمه الله: بالدين، وإن كانت قيمته أكثر من درهم بأن كانت درهمًا ونصف درهم، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: إذا اختار الترك يضمنه جميع قيمته درهمًا نصفًا، ولكن من الذهب، وعلى قول أبى يوسف: يترك عليه ثلثى الحلقة بقيمته من الذهب.

وعند محمد رحمه الله: إن أوجب الكسر نقصان نصف درهم قدر الصناعة، فإنه يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين، ولا يخير، وإن أوجب الكسر نقصانًا أكثر من نصف درهم، يخير الراهن، وإذا اختار الترك، يتركه عليه بالدين، لا بالقيمة.

١٨٠٧٧- قال فى "الأصل" أيضًا: رجل رهن عند رجل طستًا، أو تورًا، أو كوزًا بدرهم، وفى الرهن وفاء وفضل، فإن هلك الرهن هلك بما فيه، وإن انكسر، فإن كان شيئًا لا يوزن، فإنه يسقط من الدين حصة النقصان؛ لأن الجودة لها قيمة على انفرادها فى غير مال الربا، وإن كان موزونًا، فإن الراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ترك ذلك عليه بالقيمة عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يترك بالدين، وذكر قول أبى يوسف رحمه الله فى هذه المسألة مع أبى حنيفة رحمه الله.

قال شمس الأئمة السرخسى: وما ذكر من قول أبى يوسف رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسألة لا يستقيم على ظاهر رواية أبى يوسف رحمه الله فيما إذا كان فى الرهن[1] فضل؛ لأن عنده يشيع الأمانة فى الوزن والجودة.

١٨٠٧٨- قال فى "الزيادات": وإذا رهن رجل عند رجل كر حنطة يساوى مائتى درهم بمائة درهم، فهلك الكر، صار المرتهن مستوفيًا دينه بنصف الكر؛ لأن بهذا القدر وفاء بالدين من حيث المالية، وإن فسد الكر بأن عفن، أو أصابه ماء، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن مثل نصف الكر المقبوض، ويصير النصف ملكًا للمرتهن بالضمان بمنزلة النصف الآخر، ويكون رهنًا مع ما ضمن المرتهن، وعند محمد: الراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين، وإن شاء ترك نصفه للمرتهن بدينه، هكذا ذكر فى الكتاب، وينبغى على قياس مسألة القلب أن يقال على قول محمد رحمه الله: إذا لم يدخل النقصان فى المضمون بأن انتقص من قيمة الكر مائة، أو أقل أنه يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين؛ لما مر، ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى الكتاب، والصحيح أن قوله نظير قول أبى يوسف رحمه الله.

الفصل الحادى عشر
فى الدعاوى فى الرهن والخصومات فيه، وما يتصل بذلك

١٨٠٧٩- قال محمد رحمه الله: وإذا ادعى الرهن الواحد رجلان من واحد، كل واحد منهما يدعى أنه رهنه منه بألف درهم، وقبضه منه، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن تقع الدعوى حال حياة المرتهن، وإنه على ثلاثة أوجه: الأول: أن يكون الرهن فى يد أحد المدعيين، وفى هذا الوجه إن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء، يقضى بالرهن لذى اليد؛ لأن كل واحد أثبت ملك اليد لنفسه من جهة واحدة، فيعتبر بما لو أثبت كل واحد ملك الرقبة لنفسه من جهة واحدة، بأن ادعيا الشراء من واحد، وهناك يترجح بينة ذى اليد بحكم اليد، فههنا كذلك، وإن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا، خارجًا كان أو ذا اليد كما فى دعوى الشراء.

الثانى: أن يكون الرهن فى أيديهما، الثالث: أن يكون فى يد الراهن، وفى الوجهين جميعًا إن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا، وإن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء، فالقياس أن لا يقضى بشىء من الرهن لواحد منهما، وفى الاستحسان: يقضى بنصفه لكل واحد منهما بنصف حقه، وبالقياس أخذ لقوة وجهه.

هكذا ذكر فى رواية أبى سليمان، وذكر فى رواية أبى حفص: أنه لا يقضى لواحد منهما بشىء من الرهن قياسًا واستحسانًا؛ لأنا لو قضينا بذلك، إما أن نقضى لواحد منهما بعد بينة، ولا وجه إليه، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، وإما أن نقضى لهما، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأنا لو قضينا لهما إما أن نقضى بعقد واحد كان رهن منهما بعقد واحد، ولا وجه إليه؛ لأن بينة كل واحد منهم أثبت الرهن منه بعقد على حدة، فمتى قضينا بعقد بواحد منهما يكون هذا خلاف ما شهد به الشهود، وإما أن نقضى لكل واحد منهم بعقد على حدة، كما شهد به الشهود، ولا وجه له أيضًا؛ لأنا لو قضينا بذلك يحتاج إلى أن نقضى بالمناصفة بعد ذلك، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فيتمكن

حينئذٍ الشيوع فيه، ورهن المشاع باطل، ولو كان مكان دعوى الرهن دعوى الشراء فى هذه الصورة يقضى لكل واحد بنصف المشترى، وطريقه أن يقضى بشراء كل واحد منهما فى الكل، كما لو شهد به شهوده، ثم تثبت المناصفة فى المحل بحكم المزاحمة، وإنه ممكن فيه؛ لأن بيع المشاع صحيح.

الوجه الثانى: أن يقع الدعوى بعد موت الراهن، وإنه على ثلاثة أوجه أيضًا، وفى الوجوه كلها إن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا، وإن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء، ففيما إذا كان الرهن فى أيديهما، أو فى يد الراهن القياس أن لا يقضى لواحد منهما بشئ، وهما أسوة للغرماء، وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله، وفى الاستحسان: يقضى لكل واحد بنصف الرهن بنصف حقه، يباع الرهن، فيقضى نصف دين كل واحد منهما، فإن فضل شيء من الثمن من نصف دين كل واحد منهما يصرف الفاضل إلى سائر الغرماء، وإلى المرتهنين[1] بالحصص.

وبالاستحسان أخذ أبو حنيفة رحمه الله[2]، وقول محمد رحمه الله مضطرب فى الكتب، فأبو يوسف رحمه الله اعتبر ما بعد وفاة الراهن بحال حياته، وأبو حنيفة رحمه الله قال: حال حياة الراهن إنما لم يقض بالرهن؛ لأنه لو قضى لتمكن شيوع لا قرار له، فإنه لايجب بيع المرهون حال حياة الراهن إلا برضى الراهن، والمرتهن، وتمكن الشيوع بهذه الصفة يوجب فساد الرهن، فأما بعد وفاة الراهن، فلو قضينا بالرهن إنما يتمكن شيوع لا قرار له؛ لأن بعد وفاة الراهن يجب بيع المرهون لقضاء دين الراهن، حتى يفرغ ذمته، وتبرد جلدته على النار، ويصرف الفاضل إلى الغرماء، أو إلى الورثة، وشيوع لا قرار له لا يوجب بطلان الرهن، ألا ترى أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله قالا: فيمن رهن من آخر إبريق فضة، وزنه مائة، وقيمته مائة بعشرة دراهم، فانكسر الإبريق فى يد المرتهن، ان المرتهن يضمن عشر الإبريق مصنوعًا من الذهب، يصير العشر ملكًا للمرتهن بالضمان، وتسعة أعشاره تبقى ملكًا للراهن، لا يفسد الرهن، وإن تمكن

---

(١) وفى الأصل: للرهن.

(٢) وفى الأصل: استحسانًا على رواية أبى حنيفة؛ لأنا لو قضينا. . . إلخ.

الشيوع؛ لأنه كما تمكن الشيوع يجب التمييز، فهذا شيوع لا قرار له، فكذا هذا، وفيما إذا كان الرهن فى يد أحدهما يقضى لصاحب اليد، كما فى حال الحياة.

١٨٠٨٠- وهذا الذى ذكرنا إذا ادعيا الرهن من واحد، و أما إذا ادعيا الرهن من اثنين، وأقاما البينة، والرهن فى يد أحدهما فهذه المسألة على أربعة أوجه: الأول: أن يكون الراهنان غائبان، راهن الخارج، وراهن ذى اليد، وفى هذا الوجه يقضى بالرهن لذى اليد، وإن أرخا مع ذلك، وتاريخ الخارج أسبق؛ لأن ذا اليد لم ينتصب خصمًا للخارج؛ لأنه أثبت ببينة أنه مرتهن فى ما فى يده، والمرتهن لا ينتصب خصمًا لمدعى الرهن، فبينة الخارج قامت على غير خصم، فصار كأنه لم يقم البينة، وهناك يقضى لذى اليد، ففى حق هذا المعنى لا فرق بين ذكر التاريخ، سبقه، وعدم ذكره، بخلاف دعوى الشراء فى مثل هذه الصورة فإن هناك يقضى ببينة الخارج، وإن كان البائعان غائبين؛ لأن هناك صاحب اليد انتصب خصمًا للخارج؛ لأنه يدعى الملك لنفسه، وانتصب خصمًا له فيما يدعى الملك لبائعه، فكان بائعه حضر، وأقام البينة على الملك لنفسه، وهناك يقضى لبائعه لكونه خارجًا، فكذا يقضى للمشترى منه، أما فى مسألة الرهن فذو اليد لم ينتصب خصمًا للمدعى على ما مر.

الثانى: أن يكون الراهنان حاضرين، فيقضى به رهنًا للخارج؛ لأنهما إذا كانا حاضرين، فكل واحد منهما ينتصب خصمًا لصاحبه بأنه يدعى أنه ملكه رهنه، فيجعل إقامة البينة من المرتهنين بمنزلة إقامة البينة من الراهنين، ولو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق، وأحدهما خارج يقضى له فكذا هذا، وإن كان أحدهما حاضرًا أى أحد الراهنين، والآخر غائبًا، فإنه لا يقضى للخارج ما لم يحضر الراهن الآخر، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان من الخارج حاضرًا، وراهن ذى اليد غائبًا، أما إذا كان راهن ذى اليد حاضرًا، والآخر غائبًا ينتصب خصمًا للخارج؛ لأنه يدعى الملك لنفسه، والإرهان من ذى اليد، وإذا انتصب خصمًا للخارج قبلت بينة الخارج فى إثبات الملك لراهنه؛ لأن الخارج مرتهن، والمرتهن بمنزلة المودع ينتصب خصمًا فيما يستحق لصاحبه؛ لأنه مأمور بالحفظ، وذلك من الحفظ، فتقبل بينة الخارج، ويقضى بالرهن له، وكان بمنزلة رجل فى يده عين يزعم كأنه وديعة عنده من فلان، وفلان حاضر وادعى آخر أن فلانًا أودعه إياه، وأقام على ذلك بينة، فإنه يقضى للخارج، وإن كان مودع الخارج

غائبًا، لما كان مودع صاحب اليد حاضرًا، وطريقه ما قلنا، والجواب وهو الفرق بين مسألة المودع، وبين مسألة الرهن: أن المودع الخارج يثبت الملك لمودعه، ولايدعى على مودعه شيئًا، والمودع ينتصب خصمًا فى إثبات الملك لمودعه، أما المرتهن الخارج، فكما يثبت الملك لراهنه، يثبت على راهنه الدين لنفسه؛ لأن الرهن بدون الدين لايكون، وليس عن راهنه خصم فى حق إثبات الدين، فلم تقبل بينة فى حق إثبات الدين، فلا تقبل فى حق إثبات الرهن أيضًا؛ لأن الرهن بدون الدين لا يكون، فلهذا قال: لا يقضى للخارج ما لم يحضر الراهنان، فإذا حضر الآن يقضى للخارج.

قال فى الكتاب: ولا أنظر فى هذا لا إلى الأول، ولا إلى الآخر؛ لأن الرهن ليس من قبل إنسان واحد، يريد بهذا أن الخارج، وذا اليد فى هذه الصورة إذا أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق، لا يقضى لأسبقهما تاريخًا، وإنما يقضى للخارج، هكذا ذكر محمد رحمه الله، وهذا الجواب إنما يستقيم من محمد رحمه الله على ما روى عنه: أنه لا عبرة للتاريخ فى دعوى الملك المطلق، ويكون الخارج أولى على كل حال، أما على الرواية التى روى عنه أن للتاريخ عبرة، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله يقضى لأسبق الراهنين تاريخًا فى الملك، وإذا قضى لأسبقهما تاريخًا يقضى بالرهن لمن ادعى الرهن منه.

١٨٠٨١- قال: عبد فى يدى رجل، ادعى رجل أنه عبده، وأنه رهنه من فلان الغائب بألف درهم، وقبضه فلان منه، وذواليد يقول: العبد عبدى، فإنه يقضى به للمدعى؛ لأن صاحب اليد انتصب خصمًا له؛ لأن كل واحد منهما يدعى الملك لنفسه فى العبد، وإذا قضى به للمدعى، ذكر أنه يؤخذ منه، ويوضع على يدى عدل حتى يحضر الغائب، فإن صدقه، يثبت الرهن، وإن كذبه لا يثبت؛ لأنه إقرار بحق فى ماله، فيقف على تصديقه وتكذيبه، كما لو أقر بملك هذا العين للغائب، ثم فرق بين هذا، وبينما إذا أقر بالملك للغائب، فإنه لا ينزع من يده ما لم يحضر المقر له رهنًا ذكر أنه يؤخذ منه، ويوضع على يدى عدل.

والفرق أنه إذا أقر بالرهن، فقد أقر أنه ليس له حق إمساكه؛ لأن الراهن لا يصلح ممسكًا للرهن بطريق النيابة عن المرتهن، فيؤاخذ بإقراره، وإذا أقر بالملك للغائب، فما أقر أنه ليس له حق إمساك هذا العبد؛ لأنه يتصور أن يكون ممسكًا لملك الغير بحكم النيابة

عنه.

١٨٠٨٢- ولو غاب الراهن، وقال المرتهن: هذا العبد رهن فى يدى من قبل فلان بكذا، وأن هذا الذى فى يده العبد غصبه منى، أو استعاره، أو استأجره منى، وأقام على ذلك بينة، فإنى أدفع العبد إليه، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الأصل": قال شمس الأئمة السرخسى: القاضى لا يقضى له بالرهن؛ لأن فيه قضاء على الغائب بالدين، وليس عنه خصم فى ذلك، ولكن يقضى بأن وصول هذا العين إلى يد ذى اليد كان جهة المدعى بالغصب، أو الإجارة، أو الإعارة كما شهد به شهوده، فيقضى له بحق الاسترداد، وذو اليد خصم فى ذلك، هذا بخلاف ما لو لم يدع على ذى اليد الأخذ من يده، فإن ذا اليد لا ينتصب خصمًا.

١٨٠٨٣- وفى "حيل الخصاف": رجل فى يديه رهن، والراهن غائب، فأراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضى حتى يسجل له بذلك، ويحكم بأنه رهن فى يديه، فالحيلة فى ذلك أن يأمر المرتهن رجلا غريبًا حتى يدعى رقبة هذا الرهن، ويقدم المرتهن إلى القاضى، فيقيم المرتهن بينة عند القاضى أنه رهن عنده، فيسمع القاضى بينة على الرهن، ويقضى بكونه رهنًا عنده، ويدفع عنه خصومة الغريب.

فهذا تنصيص من الخصاف أن البينة على الراهن[1] مسموعة، وإن كان الراهن غائبًا، وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى دعوى "الجامع"، وفى "الأصل" فى بعض المواضع، وذكر فى موضع آخر من رهن "الأصل"، وشرط حضرة الراهن لسماع هذه البينة، والمشايخ فيه مختلفون، بعضهم قالوا: ما ذكر فى رهن "الأصل": أن حضرة الراهن شرط وقع غلطًا من الكاتب، والصحيح أنه لا يشترط حضرته، ألا ترى أنه لو أقام ذواليد بينة أن هذا العين عنده وديعة من جهة فلان، أو غصب، أو مضاربة، فإنه لا يشترط حضرة فلان لسماع هذه البينة، فكذا ههنا. وبعض مشايخنا قالوا: فى المسألة روايتان، فى إحدى الروايتين تقبل هذه البينة حال غيبة الراهن؛ لأن الراهن لما رهنه منه، فقد استحقه، ولا يمكنه الحفظ عند خصومة غيره إياه فيه إلا بإقامة البينة، فصار خصمًا فى ذلك كما فى الوديعة، وأشباهها، وفى الرواية الآخرى القاضى لا يقبل هذه البينة

قال شمس الأئمة السرخسى فى "شرح كتاب الحيل": وهو الصحيح؛ لأن فى قبول هذه البينة على الرهن قضاء على الغائب، ولا حاجة لذى اليد إلى إثبات ذلك لدفع خصومة المدعى عن نفسه، فإن بإثبات وصول العين إلى يده من جهة فلان يندفع للخصومة عنه، كما لو أقام بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان.

قال رحمه الله: وقد أجاب محمد رحمه الله بهذا فى نظائره فى "السير الكبير"، فقال: العبد المرهون إذا أسر، ثم وقع فى الغنيمة، فوجده المرتهن قبل القسمة، وأقام البينة أنه رهن عنده لفلان، وأخذه لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن؛ لأن إثبات الوديعة كان له، فبين بهذا أن قبول هذه البينة لإثبات الرهن لا وجه إليه.

١٨٠٨٤ - وإذا قال الراهن: رهنتك هذا الثوب، وقبضته منى، وقال المرتهن: رهنتنى هذا العبد، وقبضته منك، وأقاما البينة، فالبينة بينة المرتهن إذا كان العبد، والثوب قائمين فى يد المرتهن؛ لأن المرتهن يثبت الحق لنفسه، والراهن يثبت الحق لغيره؛ ولأنه لا فائدة فى قبول بينة الراهن؛ لأن للمرتهن رد ذلك؛ لأن الرهن فى حقه غيرلازم، وإن كانا هالكين، وقيمة ما يدعى الراهن أنه رهنه أكثر، وأقاما البينة، فالبينة بينة الرهن؛ لأنه يثبت زيادة إيفاء، ولو قال المرتهن: رهنتنى العبد، والثوب جميعًا، وقبضتهما منك، وقال الراهن: لا، بل رهنتك الثوب وحده، فالبينة بينة المرتهن، وإذا أقام الراهن بينة أنه رهن هذا الرجل عبدًا يساوى ألفين بألف، وقبضه منه، وأنكرالمرتهن ذلك، ولا يدرى ماذا فعل بالرهن؟ فالمرتهن ضامن لقيمته؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاينا الرهن والقبض، ثم جحد بعد ذلك يصير ضامنًا بالجحود قيمة الرهن، كذا ههنا، وإذا ضمن قيمة العبد يحسب له منها ألف درهم، ويرد الباقى على الراهن، ولو أقر المرتهن، وادعى الموت، فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين فى الزيادة على الدين، ولم يوجد منه جحود حتى يضمن الزيادة بالجحود، ولو لم يجحد الرهن، وجاء بعبد يساوى خمسمائة، وقال: هو هذا العبد، لم يصدق على ذلك؛ لأنه ثبت بالبينة أن الرهن عبد يساوى ألفين، والذى أحضره ليس بتلك الصفة، والظاهر يكذبه فيما قال، فلايقبل قوله[1]: إذا جحد الراهن ذلك.

١٨٠٨٥- وإذا كان الراهن رجلين، وادعى المرتهن عليهما رهنًا، وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه، وقبضه، والمتاع لهما جميعًا، وهما يجحدان، فإن لمدعى الرهن أن يحلف الذى لم يقم عليه البينة؛ لأنه ادعى عليه رهنًا، وقد أنكره، ولا بينة له عليه، فيستحلف رجاء النكول، فإن نكل يثبت الرهن عليهما بسببين مختلفين، على الناكل بالنكول، وعلى الآخر بالبينة، وإن حلف رد الرهن عليهما؛ لأن الرهن انتفى من الأصل فى نصيب الحالف، فتعذر القضاء فى نصيب الآخر، لم يثبت الرهن فى حقه، ولا يقضى بالرهن بنصيب الآخر؛ لأنا لو قضينا به لقضينا برهن المشاع، وإن كان الراهن واحدا، والمرتهن اثنين، فقال أحدهما: ارتهنت أنا وصاحبى هذا الثوب منك بمائة درهم، فأقام على ذلك بينة، وأنكر المرتهن الآخر، وقال: لم يرتهنه، وقد قبضنا الثوب، وأنكر الراهن الرهن أصلا.

قال أبو يوسف رحمه الله: لا يقضى بالرهن أصلا، ويرد الرهن على الراهن، وقال محمد رحمه الله: يقضى، فأبو يوسف رحمه الله يقول: تعذر القضاء بالرهن على الجاحد لجحوده، وتعذر القضاء برهن الكل من المدعى؛ لأنه لم يدع ذلك، وشهوده لم يشهدوا به، وتعذر القضاء برهن النصف منه لمكان الشيوع، فلا يقضى بالرهن أصلا.

ومحمد رحمه الله يقول: المدعى أثبت الرهن منهما، وله ذلك؛ لأنه لا يمكنه إثبات الرهن من نفسه، إلا بإثبات من صاحبه؛ لأن من رهن شيئًا من اثنين، وقبل أحدهما دون الآخر، لا يصح الرهن فى القابل، فكان الرهن من صاحبه سببًا لثبوت الرهن منه، وللإنسان أن يثبت سبب حقه، فيثبت الرهن منهما جميعًا ببينة المدعى، فيعتبر بما لو ثبت عيانًا، وهناك يجوز الرهن، ويتناوبان للحفظ إذا كان الرهن شيئًا لا يحتمل القسمة يحفظ هذا يومًا، وهذا يومًا، إلا أن فى نوبة الجاحد لا يجعل الرهن فى يده لإقراره أنه لا حق له فى إمساكه، فيوضع على يد عدل؛ لأن مدعى الرهن مقر أن الراهن لم يرض بحفظه وحده، فيجعل هكذا إلى أن يصل الدين إلى مدعى الرهن، فإذا وصل، وفرغ الرهن من حقه، يرد على الراهن، وإن هلك فى يدى مدعى الرهن ذهب نصيبه من المال.

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل وف" و"م": بينته.

١٨٠٨٦- وإذا استعار من آخر ثوبًا؛ ليرهنه بدينه، وقبضه، ورهنه، ثم إن رب الثوب مع الراهن اختلفا، وقد هلك الثوب، فقال رب الثوب: هلك قبل الفكاك، وقال الراهن بعد الفكاك: فالقول للراهن مع يمينه؛ لأن رب الثوب يدعى أنه قضى من المستعير من ماله، وله حق الرجوع بما قضى على الراهن، وهو ينكر، وكذلك لو قال الراهن: هلك الثوب قبل أن أرهنه، وقال رب الثوب: هلك بعد ما رهنته[1] قبل أن تفتكه، فالقول للراهن مع يمينه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة رب الثوب؛ لأنه يثبت ببينته إيفاء من الراهن من ماله، والراهن ببينته ينفى ذلك، فكانت بينة الراهن أولى بالقبول.

وإن هلك الثوب فى يد المرتهن فى هذه المسألة ثم اختلف الراهن، والمرتهن، ورب الثوب فى قيمة الثوب، فالقول للمرتهن؛ لأنه ينكر زيادة ضمان، ولو اختلف رب الثوب، والراهن فقال رب الثوب: أمرتك أن ترهنه بخمسمائة، وقال الراهن: أمرتنى أن أرهنه بعشرة، فالقول لرب الثوب؛ لأن الإذن يستفاد من جهته[2]، وإن أقاما البينة، فهى للراهن، وبرئ عن ضمان القيمة؛ لأنه يثبت بينته دعواه على رب الثوب، ورب الثوب يثبت إقراره له أنه أذن له أن يرهنه بعشرة، والبينات مشروعة لإثبات الدعوى على الغير، لا لإثبات الإقرار للغير.

١٨٠٨٧- وإذا شهد أحد الشاهدين على الرهن بمائة، والآخر على بمائتين، فشهادتهما باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله، ولا يقضى بالرهن أصلا؛ لأن الدين بهذه الشهادة لم تثبت عنده؛ لأنهما لم يتفقا على شىء لفظًا[3]، وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن؛ لأن الرهن بدون الدين لا يكون، وعندهما يقضى بالرهن بمائة، وإن شهد أحدهما بمائة، والآخر بمائة والخمسين إن كان المرتهن يدعى المائة لا تقبل شهادتهما؛ لأنه كذبه شاهده الدين، وخمسين، وإن كان المرتهن يدعى المائة والخمسين تقبل الشهادة على المائة، ويقضى بالرهن بمائة، وهذا عندهم جميعًا؛ لأن الدين بهذه الشهادة قد ثبت

(١) وفى الأصل: بعد أن ارتهنته.

(٢) وفى "ظ": من حصته.

(٣) وفى الأصل: أصلا.

بقدر المائة عندهم؛ لأنهما اتفقا على المائة لفظًا، وإذا ثبت الرهن بهذا المقدار أمكن القضاء بالرهن بهذا المقدار، ثم فرق بين الرهن وبين البيع، فإن فى باب البيع إذا شهد أحد الشاهدين بالبيع بمائة، والآخر بالبيع بمائة وخمسين، والبائع يدعى البيع بمائة وخمسين، فإنه لا يقبل شهادتهما أصلا، ولا يقضى بالشراء بمائة، وإن اتفق الشاهدان على المائة.

والفرق أن فى باب البيع لو قضينا بمائة لاتفاق الشاهدين على المائة فى الابتداء، احتجنا إلى نقضه فى الانتهاء، فلا يقضى به فى الابتداء قصرا للمسافة؛ لأنا إذا قضينا فى باب البيع بالرهن[1] بما اتفقا عليه، وهو مائة على المشترى للبائع، لابد وأن يقضى على البائع بالعبد للمشترى بما اتفق الشاهدان عليه فى العبد، وإنما اتفقا فى العبد على قدر ثلثه؛ لأن الذى شهد بالمائة يقول: جميع العبد للمشترى بمائة، والذى شهد بمائة وخمسين يقول: ثلثا العبد للمشترى، وإنما اتفقافى العبد على قدر ثلثيه، وإذا وجب القضاء بثلثى العبد للمشترى بمائة، وجب القضاء بما اتفقا عليه بإزاء الثلثين من العبد، وإنما اتفقا بإزاء الثلثين من العبد على ثلثى المائة؛ لأن الذى شهد بالمائة يقول: ثلثا العبد بثلثى المائة، والذى شهد بالمائة والخمسين يقول: ثلثا العبد بالمائة، فيجب القضاء بثلثى المائة، وإذا وجب القضاء بثلثى المائة وجب القضاء من العبد بما اتفقا عليه بإزاء ثلثى

الفصل الثانى عشر
فى المتفرقات

١٨٠٨٨- رجل رهن من آخر عبدًا، وهلك الرهن فى يد المرتهن، ثم استحقه إنسان بالبينة، كان له أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الراهن ملكه بأداء الضمان سابقًا على عقد الرهن، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وأن المرتهن صار مستوفيًا دينه، فلا يرجع بالدين على الراهن، وإن ضمن المرتهن رجع بما ضمن على الراهن؛ لأن المرتهن مغرور من جهة الراهن، وفى قبض الدين عامل للراهن، وكان له الرجوع بما غرم، كما يرجع المستأجر على الآجر، والمودع على المودع، ويرجع بالدين عليه أيضًا، وكان ينبغى أن لا يرجع عليه بالدين؛ لأن قرار الضمان على الراهن، فصار تضمين المرتهن، وقرار الضمان على الراهن بمنزلة تضمين الراهن، ولو ضمن الراهن لا يرجع المرتهن عليه بدينه، فهمهنا يجب أن يكون كذلك، والجواب أنه إذا ضمن الراهن، فإنه ملك المرهون من جهة المستحق سابقًا على عقد الرهن، وتبين أنه رهن ملك نفسه فصح الرهن ، فصار المرتهن بالهلاك مستوفيًا دينه، فلا يرجع بعد ذلك بالدين على الراهن، أما إذا ضمن المرتهن فالراهن لا يملكه من جهة المستحق إنما يملكه من جهة المرتهن؛ لأن المرتهن غاصب فى حق المستحق، فلا بد وأن يملك من جهته بأداء الضمان، ولكن من حيث إن قرار الضمان على الراهن ينتقل الملك من المرتهن إلى الراهن، والمرتهن إنما صار ضامنًا وقت قبضه بحكم الرهن، فيملكه الراهن بعد عقد الرهن، فالرهن لم يقع على ملك الراهن

الرهن، وإن قبضه؛ فلأنه شرط أن يكون الرهن عند المرتهن ساعة، ثم يكون عند الراهن، فهو بمنزلة ما لو قال: رهنتك يومًا ويومًا.

الثانى: إذا شرطا ذلك بعد تمام الرهن، فإن لم يقبض المرتهن الرهن لا يصح، وإذا قبضه صح، ثم إذا قبضه، وباعه الراهن إن باعه، وهو فى يد المرتهن، فالثمن للمرتهن، وإذا أخذه من يد المرتهن، ثم باعه، فالثمن للراهن، ولا يكون المرتهن أخص به.

١٨٠٩٠- الأب أو الوصى إذا رهن متاع الصغير بدين نفسه القياس أن لا يجوز، وفى الاستحسان: يجوز، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وأما على قول أبى يوسف رحمه الله: فلا يجوز قياسًا واستحسانًا، وهذا؛ لأن الرهن إيفاء حكمى، والأب، والوصى يملكان إيفاء دينهما من مال الصغير حكمًا بالبيع عندهما حتى إنهما لو باعا من مال اليتيم من رب دينهما بمثل ما عليهما من الدين يجوز، ويقع المقاصة بين ما كان للمشترى عليهما من الدين، وبين ما وجب للصبى على المشترى، وعند أبى يوسف رحمه الله لا يملكان ذلك، ولا تقع المقاصة فكذا الإيفاء بالرهن، وأجمعوا على أنهما لو أرادا إيفاء دينهما على الحقيقة من مال الصغير، لا يملكان ذلك، وإذا صح الرهن بدينهما، وهلك الرهن فى يد المرتهن هلك بما فيه، ويضمن الأب، والوصى للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت أكثر منه يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأنه فيما زاد مودع مال الصغير، وللأب، والوصى هذه الولاية، وإذا كانت على الميت دين، وله وصى، فرهن بعض مال الميت من بعض غرماءه لا يجوز، وكان لباقى الغرماء نقضه؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء حكمى، ولو أثر الوصى بعض الغرماء بالإيفاء الحقيقى لا يجوز فكذا إذا أثره بالحكمى، وإذا رهن الوصى خادمًا لليتيم من مال نفسه، بدين له على اليتيم، أو رهن خادمًا له من اليتيم، لم يجز، ولو رهن الأب متاع نفسه من ابنه الصغير، أو ارتهن متاع الصغير بدين له عليه يجوز إذا استعار ثوبًا ليرهنه بدينه جاز، وإذا رهنه بدينه بأى شيء ما كان، وبأى قدر ما كان، فهو جائز لحصول الإعارة مطلقة، فهو بمنزلة حصول الإعارة للانتفاع مطلقة.

١٨٠٩١ - ولو سمى له شيئًا فرهنه بأقل من ذلك، أو أكثر فهلك ، فالمسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : إذا كانت قيمة الثوب مثل الدين المسمى بأن كانت القيمة عشرة، والدين عشرة، وفى هذا الوجه إذا رهن بأقل من عشرة، أو أكثر من العشرة يصير ضامنًا للثوب.

الثانى : أن يكون قيمة الثوب أكثر من الدين المسمى بأن كانت القيمة اثنى عشر، والدين المسمى عشرة، وفى هذا الوجه إذا رهن بأكثر من المسمى، أو أقل يضمن قيمة الثوب.

الثالث : أن يكون قيمة الثوب أقل من الدين المسمى بأن كانت تسعة، والدين عشرة، وفى هذا الوجه إن زاد على المسمى يضمن قيمة الثوب، وإن نقص، إن كان النقصان إلى تمام القيمة بأن رهنه بتسعة لا يضمن، وإن كان النقصان أقل من ذلك بأن رهنه بثمانية يضمن قيمة الثوب، وإن أعاره ليرهنه بشىء سماه، فرهنه بجنس آخر، أو أعاره ليرهنه من رجل سماه، فرهنه من رجل آخر ضمنه.

والحاصل أن ما كان مقيدًا من التقييد يجب اعتباره، وفى كل موضع لم يصر المستعير مخالفًا، وهلك الرهن فى يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بقدر ما صار المرتهن مستوفيًا له من دينه؛ لأن رجوع المعير على المستعير بعلة أنه قضى دينه من ماله بأمره، فإنما يرجع بقدر ما حصل القضاء، وإن لم يكن الرهن قد هلك، ولكن أصابه عيب، ذهب من الدين بحسابه، ووجب لرب الدين مثله على الراهن؛ لأن القضاء حصل بذلك القدر، فلو استعمل المستعير الرهن الثوب قبل أن يرهنه، ثم رهنه بدينه برئ عن الضمان؛ لأنه أمين عاد إلى الوفاق، ودلت المسألة على أن المستعير برئ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه.

١٨٠٩٢ - وذكر شمس الأئمة السرخسى : أن المستعير لا يبرأ بالعود إلى الوفاق، وإنما يبرأ المستعير ههنا بالرهن، والتسليم إلى المرتهن، فإن يد المرتهن ههنا من حيث المعنى، كيد المعير حيث تحقق مقصوده، وكان ذلك بمنزلة الرد على المالك حكمًا، فيبرأ بهذا، لا بالعود إلى الوفاق، وإن كان فتكه، ثم استعمله ضمنه، فلو ترك استعماله، ثم

هلك بآفة أخرى لا ضمان عليه .

قال شمس الأئمة السرخسي : لأنه بعد الفكاك مودع ، وإنه يبرأ بالعود إلى الوفاق ، وأشار شيخ الإسلام في التعليل إلى أنه مستعير ، وإبراءه بالعود إلى الوفاق .

١٨٠٩٣- قال في "الجامع" : رجل استعار من آخر جارية ليرهنها بدينه ، ففعل ذلك ، ثم مات المستعير ، ولم يدع مالا ، وطلب المرتهن من القاضي أن يبيعها بدينه ، وأبى صاحب الجارية ذلك ، فالقاضي لا يبيعها ؛ لأن المعير إنما رضي بالرهن ، والبيع ليس من موجبات عقد الرهن ، ولكن يقال للمرتهن : احبس المرهون حتى يقضي المعير حقه ؛ لأن المعير رضي بكونها محبوسة عند المرتهن حقًا للمرتهن ، وعلى القاضي إيفاء الحقوق ، لا إبطالها ، فإن قال المعير ، وهو صاحب الجارية للقاضي : بعها بالدين ، وأبى المرتهن ذلك ، فإنه ينظر إن كان في ثمنها وفاء بالدين ، لا يلتفت إلى إباء المرتهن ، وإن كان فيه إزالة يده عن المرهون ، وإن لم يكن في ثمنها وفاء بالدين ، لا يباع بدون رضى المرتهن ، فإن كان في ثمنها وفاء بالدين ، فبيعت به في الدين ، واستوفى المرتهن ثمنها ، ثم ظهر للمستعير مال ، فإنه يرجع فيه المعير بما أخذه المرتهن ؛ لأنه لما استعار المستعير الجارية منه ليرهنها بالدين مع علمه أنها ربما يهلك ، وعلى الاعتبار الهلاك يصير هو قاضيًا دينه بها ، وصار طالبًا من المعير إن يقضي دينه بها ، وصار المعير راضيًا بذلك ، أكثر ما في الباب أن القضاء ههنا بالبيع ، والراهن ما رضي بالبيع إلا أنه رضي بالقضاء ، والبيع طريق القضاء ، ولا عبرة للطريق ، وإنما العبرة للرضا ، وإنه حصل رضا المعير ، فلهذا كان له حق الرجوع في مال المستعير ، ولو لم يمت المستعير ، ولكن مات المعير ، وعليه ديون كثيرة ، فإن كان المستعير موسرًا قادرًا على قضاء الدين أمره القاضي بأن يقضي دينه ، ويصير الرهن لغرماء المعير ، وإن كان المستعير معسرًا كانت الجارية رهنًا على حالها ؛ لأن المرتهن كان أحق بالرهن من المعير حال حياته ، فكذا بعد وفاته أحق به من غرماءه ، فإن اجتمع غرماء المعير ، وورثته على بيعها لقضاء الدين ، وأبى المرتهن بالجواب فيه على المعير الذي قلنا : فيما أراد المعير ذلك حال حياته ، وأبى المرتهن ، وأجناس هذه المسائل في رهن "الجامع" .

كتاب المضاربة

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثين فصلا :

الفصل الأول فى بيان شرائط المضاربة ، وحكمها .

الفصل الثانى فيما يكون مضاربة بغير لفظها .

الفصل الثالث فى بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح ، وما لا يجوز .

الفصل الرابع فى بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها .

الفصل الخامس فى المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ، ويسكت عن الآخر .

الفصل السادس فى شرط الربح لثالث .

الفصل السابع فى الرجل يدفع المال بعضه مضاربة ، وبعضه لا .

الفصل الثامن فى بيان ما يملك المضارب على رب المال من التصرفات ، وما لا يملك .

الفصل التاسع فيما يشترط على المضارب من الشروط .

الفصل العاشر فى المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة .

الفصل الحادى عشر فى المضاربة بالشىء يكون على غير ما أمر به يجوز ، أو لا يجوز .

الفصل الثانى عشر فى نهى رب المال المضارب عن العمل ، وفى انعزال المضارب .

الفصل الثالث عشر فى المضارب يمنع عن التقاضى ، وعن البيع حتى يجد ربحًا .

الفصل الرابع عشر فى دفع المضارب مال المضاربة بضاعة إلى رب المال ، وفى بيع أحدهما مال المضاربة من الآخر .

الفصل الخامس عشر فى نفقة المضارب .

الفصل السادس عشر فى دفع المضارب مال المضاربة مرابحة .

الفصل السابع عشر فى المضارب يشهد أنه يشترى لنفسه ، وكان ذلك بعد الشراء ، أو

الفصل الأول
فى شرائطها وحكمها

فنقول : شرائط جوازها خمس :

١٨٠٩٤- إحداها: أن يكون رأس المال دراهم ، أو دنانير عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله : أن يكون رأس المال دراهم ، أو دنانير ، أو فلوسًا رائجة ، حتى إنه إذا كان رأس مال المضاربة ما سواء الدراهم والدنانير ، والفلوس الرائجة ، لم تجز المضاربة إجماعًا .

وإن كان رأس مال المضاربة فلوسًا رائجة ، لا يجوز على قولهما ، وعلى قول محمد : يجوز .

والوجه فى ذلك أن جواز المضاربة بخلاف القياس بالسنة ، والآثار وردت بتجويزها إذا كان رأس المال دراهم ، أو دنانير ، أما السنة : فلأن قبل الإسلام كان بدراهم ، أو دنانير ضربت على عهد هرقل وكسرى ، والناس كانوا يجعلون ذلك رأس مال المضاربة ، بعث النبى ﷺ ، ووجدهم على ذلك فقرهم عليها ، فكان تقرير الشرع إياهم عليها تقريرا لهم عليها بالدراهم والدنانير ، وأما الآثار ؛ فلأنها وردت بتجويزها بمطلق المال ، ومطلق اسم المال يقع على الدراهم والدنانير ؛ لأن المال اسم لما ينتفع به و يتمول ، والمنفعة إنما تكمل بالدراهم والدنانير ؛ لأنه مما يتوصل بها إلى كل منفعة ، والتمول عادة بين الناس إنما يكون بالدراهم والدنانير ، وإذا ثبت أن المنافع إنما تكمل بالدراهم والدنانير ، فمطلق اسم المال إنما ينصرف إلى الدراهم والدنانير ، وصارت الآثار الواردة بجوازها بمطلق المال واردة بجوازها بالدراهم والدنانير ، وإذا ثبت أن السنة والآثار وردت بجوازها بالدراهم والدنانير ، فلا يجوز بدونها ، إلا بما كان فى معناها من كل وجه ، والعروض والمكيل والموزون ليست فى معنى الدراهم والدنانير من كل وجه ؛ لأن الدراهم والدنانير أثمان من كل وجه ، والعروض ليست بأثمان أصلا ، والمكيل والموزون ثمن من وجه .

وأما الفلوس الرائجة : فمحمد رحمه الله يقول : هى فى معنى الدراهم والدنانير ؛ لأنها أثمان من كل وجه ، ولهذا لا تتعين بالتعيين عند المقابلة ، بخلاف الجنس بالإجماع ، وعند المقابلة بالجنس كالدراهم والدنانير بخلاف المكيل والموزون ، فانهما ليسا بثمن أصلا ، ألا ترى أنهما يتعينان بالتعيين ، قوبلا بجنسهما ، أو بخلاف جنسهما ، وهما يقولان : الفلوس ليست فى معنى الدراهم والدنانير ؛ لأنهما أثمان من كل وجه يقوم بهما أنفسهما وغيرهما ، والفلوس الرائجة إن كان يقوم بها غيرها ، فإن المتلف لا يقوم بالفلوس الرائجة ، فالنص الوارد فى الدراهم والدنانير لا يكون واردًا فيها دلالة .

المال وقت العقد، والبيع يجوز بدراهم مشار اليها لا يعرف وزنها مع ضيق حاله، فالمضاربة مع سعة حالها أولى، وهذا؛ لأن الجهالة هذه، وهى جهالة الوزن لا يوقعهما فى المنازعة للحال، وإنما يتوهم وقوع المنازعة بسبب جهالة الوزن فى الثانى، بأن يشترى المضارب برأس المال شيئًا قبل الوزن، وباع وربح، ثم احتاجا إلى القسمة، فإنه يقع بينهما منازعة فى مقدار رأس المال، وقد لا تقع بينهما منازعة بسبب جهالة الوزن فى الثانى بأن ورثا دراهم والدنانير قبل شراء المضارب، أو ورثة المضارب، فوقوع المنازعة بسبب جهالة الوزن، فما يتوهم فى الثانى إلا أن هذا التوهم لم يمنع جواز البيع، والإجارة، والعرض مع ضيق الحال هذه العقود، فإنه لو باع شيئًا بدراهم مشار اليها، أو آجر، واستقرض دراهم مشار اليها جاز، وربما يهلك الدراهم فى يد البائع قبل الوزن، وفى يد الآخر، ثم يجد المشترى، أو المستأجر بما اشترى عيبًا، فيرد ويسترد ما دفع إليه، فيتنازعان فى مقداره، ولكن لما كانت هذه المنازعة فى الثانى موهومة، قد يكون، وقد لا يكون، لم يمنع جواز هذه العقود مع ضيق حالها، فلأن لا يمنع جواز المضاربة مع سعة حالها أولى وأحرى.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين السلم، فإنه قال: إذا أسلم دراهم مشار اليها، لا يعرف مقدارها فى كر حنطة، فإنه لا يجوز السلم، وإن كانت جهالة الوزن لا توقعهما فى المنازعة للحال، وإنما يتوهم وقوع المنازعة بسببه فى الثانى فى مقدار المسلم فيه، بأن ينفق المسلم إليه البعض على نفسه، ثم يجد بالباقى عيبًا، فيرده، فإذا كان مقدار رأس المال مجهولا، لا يدرى بأى قدر انفسخ السلم، وبأى قدر بقى، فيقع بينهما منازعة بسبب جهالة الوزن فى مقدار المسلم فيه، وقد لا يقع بسبب جهالة الوزن منازعة فى الثانى فى مقدار المسلم فيه، بأن لا يجد رأس المال زيوفًا، ثم اعتبرت المنازعة الموهومة لفساد السلم، ولم يعتبر لفساد المضاربة.

والفرق أن القياس فى السلم أن المنازعة الموهومة فى الثانى فى المسلم فيه بسبب جهالة مقدار رأس المال لا يوجب فساد السلم، كما فى غيره من العقود، إلا أنها اعتبرت مانعة من جواز السلم نصًا بخلاف القياس، فإن النص جعل الموهوم فى باب السلم فى إفساد العقد، إذا أمكن الاحتراز عنه كالمتحقق للحال، فإنه لا يجوز السلم فى ثمار حائط بعينه، وعلل الفساد بعجز موهوم، فإنه قال عليه الصلاة والسلام: «أرأيت لو

أذهب الله تعالى بثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه بالباطل»[١].

وذهاب ثمرة الحائط موهوم، وليس بمتحقق، ثم اعتبر الشرع هذا الموهوم بالمتحقق فى إفساد السلم؛ لأن التحرز عنه ممكن، بأن لا يصف المسلم فيه إلى مكان يتوهم ذهاب ثمرته، فصار هذا النص لنا أصلا فى باب السلم، أن الموهوم فيه يجعل كالمتحقق فى إفساد العقد إذا أمكن الاحتراز عنه، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد فى السلم لايعتبر واردًا فى غيره نصًا آخر بخلاف، فإن النبى ﷺ جوز بيع الثمار إذا بدا صلاحها[٢]، وإن كان يتوهم ذهابها، ولم يعتبر ذلك مانعًا، علمنا أنه إنما جعل الموهوم كالمتحقق فى إفساد العقد إذا أمكن الاحتراز عنه فى السلم خاصة، فيرد غيره من العقود إلى ما يقتضيه القياس.

١٨٠٩٦- الشرط الثالث: أن يكون رأس المال عينًا، لا دينًا، فالمضاربة بالديون لا تصح، حتى إن من كان له على آخر ألف درهم دينًا، فأمره صاحب الدين أن يعمل بها مضاربة، لا يجوز، وإنما لم تجز المضاربة بالديون؛ لأن سبيل مال المضاربة أن يكون[٣] أمانة؛ لأنه أمين فى حق رأس المال، ولا يتصور أن يكون المضارب أمينًا فيما عليه من الدين، لا قبل قبضه من نفسه، ولا بعد قبضه من نفسه، أما قبل قبضه من نفسه؛ فلأن الدين مضمون على المديون، وبعد قبضه كذلك، لما أن قبضه من نفسه لا يصح؛ لأن الديون لا يصح وكيلا عن صاحب الدين فى قبض ما عليه من الدين؛ لأن الواحد لا يصلح موفيًا، ومستوفيًا لما بين الأمرين من التضاد.

وإذا لم يتصور أن يصير أمينًا فى حق الدين، لا بعد القبض، ولا قبله، كان رأس مال المضاربة مضمونًا على المضارب قبل المضاربة، وبعدها، وسبيل رأس مال المضاربة

---

(١) أخرجه الطحاوى فى "شرح معانى الآثار" (٤/ ٢٤) بلفظ: "إن منع الله"، والجملة أخرجها الحاكم فى "المستدرك" ١٢/ ٤٢ (٢٢٥٧)، والبيهقى فى "الكبرى" ٥/ ٣٠٦ (١٠٤١٣) وبنفس اللفظ المذكور فى الكتاب أخرجه الزيلعى فى "نصب الراية ٤/ ٥٠ (٨٠٤).

(٢) أخرجه مسلم فى "صحيحه" كتاب البيوع: باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها حديث (١٥٣٤)، والبيهقى فى "الكبرى" حديث (١٠٤١٣)، والطحاوى فى "معانى الآثار" ٤/ ٢٦، والهيثمى فى "مجمع الزوائد" كتاب البيوع: باب بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

(٣) وفى الأصل: إنما يكون.

أن يكون أمانة عند المضارب بعد المضاربة، فلهذا لم يجز أن يكون الدين رأس مال المضاربة.

وهذا بخلاف مالو غصب رجل من آخر ألف درهم، وهي قائمة في يد الغاصب، فقال له المغصوب منه: اعمل بها مضاربة بالنصف، صحت المضاربة، وإن كان رأس المال مضمونًا قبل عقد المضاربة؛ لأنه صار أمانة بعد عقد المضاربة، فإنه لما قال له: اعمل بها مضاربة، ومن حكم رأس مال المضاربة أن يكون أمانة في يد المضارب، فقد أبرأه عن ضمان الغصب، فصار أمانة في يده، فقد تحقق جواز المضاربة أما ههنا فبخلافه، وبخلاف ما إذا كان لرجل على رجل دين، فقال رب الدين لرجل آخر: اقبض مالي من فلان، واعمل به مضاربة بالنصف، فإنه جائز؛ لأنه وكله بقبض دين له على غيره، وأضاف المضاربة إلى ما بعد قبض الدين، وبعد قبضه يصير أمانة في يده، وهو شرط جواز المضاربة، أما ههنا فبخلافه، وإذا لم تجز المضاربة بالدين عندهم، فلو اشترى المديون بعد ذلك، وباع وربح، أو خسر كان الربح له، والخسران عليه، والدين عليه على حاله لرب الدين، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما ما باع، واشترى يكون جائزًا على صاحب الدين، والربح له، والخسران عليه، وكان المديون بريئًا عن الدين، وله أجر مثله على رب الدين.

١٨٠٩٧ - وهذا الخلاف فرع لما ذكرنا في كتاب البيوع أن رب الدين إذا قال للمديون: اشتر لي عبدًا بالدين الذي لي عليك، ولم يعين البائع، أو قال: أسلم مالي عليك في كر، ولم يعين المسلم إليه، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يصح التوكيل، وإذا اشترى، أو أسلم كان ذلك واقفًا للوكيل، ولا يبرأ عن الدين، فكذا هذا، وعلى قولهما: التوكيل صحيح، وما اشترى، أو أسلم فإنه يكون لصاحب الدين، وإذا نقد الثمن، أو رأس المال برئ عن الدين، فكذلك هنا، إلا أن المضاربة فسدت؛ لأن رأس المال دين، والمضارب في المضاربة الفاسدة إذا تصرف وربح، أو خسر كان الربح لرب المال، والخسران عليه، ويكون للمضارب أجر مثل عمله في الحالين، فكذا هذا.

وذكر في "الأصل": إذا كان لرجل على آخر ألف درهم دين، فقال الآخر: اقبض ديني من فلان، واعمل به مضاربة، فقبض بعضها، وعمل فيه جاز، ولو قال:

اقبض دينى من فلان، فاعمل به مضاربة، فقبض بعضها، وعمل فيه، فإنه لا يجوز.

١٨٠٩٨- والفرق أن كلمة "الفاء" للترتيب والتراخى لغةً، فصار الإذن بالعمل مضافًا إلى ما بعد القبض، كأنه قال له: اقبض الدين، ثم اعمل بعد القبض، ولو قال: هكذا لا يصير مأذونًا فى العمل قبل قبض الكل؛ لأنه أضاف المضاربة فى الوقت المستقبل، فما لم يجئ الوقت المضاف إليه، لا يثبت الإذن؛ ولأن قوله: ثم اعمل به مضاربة مما لا يستقيم الابتداء به، فيعتبر متعلقًا بما قبله كيلا يلغوا، وإذا تعلق أحدهما بالآخر صار أحدهما بمنزلة الشرط، والآخر بمنزلة الجزاء، فأما كلمة "الواو" فى اللغة: فلا يوجب الترتيب بين المعطوف والمعطوف عليه، وإنما يقتضى وجودهما كيف ما وجدا معًا، أو على التعاقب، فإذا اقتضى وجودهما مطلقًا لا على سبيل الترتيب، لم يتأخر الإذن عن القبض مقتضى ذكر الواو، وإنما يتأخر ضرورة أنه لايمكن العمل قبل القبض، فإذا وجد قبض البعض، وأمكنه العمل، فلو تأخر الإذن فى المقبوض، فإنما يتأخر بالواو، وحرف الواو لا يوجب ذلك، وكذلك إذا قال: اقبض دينى؛ لتعمل به مضاربة بالنصف، أو تعمل به، وذلك لأن قوله: لتعمل به، أو تعمل به[1] فما لايستقيم الابتداء به، وإنما يذكر بناء على ما تقدم، فيعتبر متعلقًا به، كيلا يلغوا، أو إذا اعتبر متعلقًا به، صار بمنزلة الشرط والجزاء، فجعلنا القبض شرطًا، والعمل جزاء له؛ لأن القبض يصلح شرطًا للعمل، والعمل لا يصلح شرطًا للقبض، فإذا صار العمل جزاء، والقبض شرطًا صار، كأنه قال: إن قبضت الدين، فاعمل به مضاربة، ولو قال: هكذا ما لم يقبض الكل لا يثبت الجزاء، وهو الإذن بالعمل، فكذا هذا بخلاف قوله: واعمل به؛ لأنه مما يستقيم الابتداء به، فلا يعتبر متعلقًا بما قبله حتى يصير أحدهما شرطًا، والآخر جزاء، ليتأخر الإذن عن القبض من حيث إنه جزاء، لوتأخر إنما يتأخر بذكر الواو، والواو لا يوجب التأخر.

١٨٠٩٩- الشرط الرابع: أن يكون رأس مال المضاربة مسلمًا إلى المضارب، ولهذا قالوا: لو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا يجوز مع[1] المضاربة؛ لأنه لا يتحقق حينئذٍ تسليم رأس المال إلى المضارب، وإنما كان تسليم رأس المال شرطًا لوجوه:

أحدهما : أن فى المضاربة معنى الإجارة من حيث إنه شرط للمضارب بدلا بإزاء عمله، وهو الربح، فيجب العمل فيها بمعنى الإجارة، فعملنا به فى تسليمه رأس المال إلى المضارب؛ لأن تسليم محمل العمل فى الإجارة شرط جواز الإجارة[١].

الثانى : أن جواز المضاربة بخلاف القياس بالنص، فإنما يجوز إذا استجمعت المضاربة جميع الشرائط التى ورد بها النص، ومنها دفع المال إلى المضارب، فإنه روى فى الأثار عن الصحابة رضى الله عنهم : أنهم دفعوا المال مضاربة، فإذا لم يوجد تسليم رأس المال إلى المضارب رد إلى ما يقتضيه القياس .

الثالث : أن المضاربة انعقدت على رأس المال من كل جانب، والعمل من الجانب الآخر، فيجب أن يخلص اليد للمضارب على المال، وخرج على المعانى الثلاثة قصدا الشركة فإن يد رب المال قائم عند الشركة، وصحت، أما على المعنى الأول : فلأنه ليس فى الشركة معنى الإجارة، بل فيها معنى الوكالة، وتسليم ما دخل تحت الوكالة إلى الوكيل ليس بشرط، وأما على المعنى الثانى، فلأن النص ورد بجواز عقد الشركةمع قيام يد رب المال، وأما على المعنى الثالث فلأن الشركة انعقدت على العمل منهما، فمتى شرطنا انتفاء يد رب المال عنه، لم ينعقد الشركة أصلا، وسواء كان المالك عاقدًا، أو غير عاقد إذا شرط عمله مع المضارب، لا تصح المضاربة، كالأب، أو الوصى إذا دفع ما ل الصغير مضاربة، وشرط عمل الصغير مع المضارب لا يصح، وكذلك أحد المتفاوضين، أو أحد شريكى العنان إذا دفع مال الشركة مضاربة، وشرط عمل شريكه مع المضارب لا تصح المضاربة.

أما الأول : فلأن الصغير إذا كان مالكًا كانت يده على المال بجهة الملك كيد الكبير، وبقاء يد المالك على المال يمنع التسليم إلى المضارب، وأما الثانى : فلأن لشريكه فى المال ملكًا، فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك، وإذا لم يكن العاقد مالكًا، شرط عمله مع المضارب، فإن كان العاقد من يجوز له أن يأخذ المال مضاربة بنفسه كالأب، أو الوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة، وشرط على نفسه أن يعمل مع المضارب بجزء من الربح، جازت المضاربة، وإن كان العاقد ممن لا يجوز له أن يأخذ المال مضاربة، فشرط

عمل نفسه مع المضارب يفسد العقد، وذلك كالمأذون يدفع مالا مضاربة، ويشترط عمله مع المضارب؛ لأن المأذون وإن لم يكن مالكًا للمال إلا أن يد التصرف فيه ثابتة له، فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعًا صحة التسليم، فيكون مانعًا صحة المضاربة، وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب، ولا دين عليه، فالمضاربة فاسدة، وإن كان عليه دين جازت المضاربة فى قول أبى حنيفة رحمه الله.

وأما المكاتب إذا شرط عمل مولاه فلا تفسد المضاربة، ومن دفع إلى غيره مالا مضاربة، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فدفع المضارب إلى غيره مضاربة، وشرط أن يعمل هو مع الثانى، فسدت، وكذلك المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة، فالمضاربة فاسدة، والربح بين المضارب ورب المال على ما شرطا فى المضاربة الأولى، ولا أجر لرب المال.

١٨١٠٠- الشرط الخامس: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلومًا على وجه لا تنقطع به الشركة فى الربح، إما يشترط أن يكون نصيبه معلومًا كيلا يقعا فى المنازعة فى الثانى، وإما يشترط أن يكون نصيب المضارب شيئًا لا يقطع الشركة؛ لأن المضاربة جوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة فى الربح، فإذا شرط للمضارب ما يقطع الشركة لم يكن مقتضى ما ورد به النص، فيرد إلى ما يقتضيه القياس.

بيان هذا أنه دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء، فللمضارب من ذلك مائة درهم، أو نحوها سمى من ذلك شيئًا معلومًا لا يجوز؛ لأن هذا الشرط يقطع الشركة فى الربح، بأن لا يربح إلا قدر ما شرط للمضارب من الربح، أو أقل مما شرط له[1]، فيستحق هو ذلك، فلا يبقى لرب المال شيء، وكانت كالمزارعة إذا شرط فيها لأحدهما ما يقطع الشركة فى الخارج، فإنه لا تجوز المزارعة، فكذا فى المضاربة، وكذلك إذا شرطا أن لرب المال من الربح مائة، والباقى للمضارب فسدت؛ لما بينا، ولو شرط للمضارب ربح نصف المال، أو ربح ثلث المال كانت المضاربة جائزة؛ لأن اشتراط الربح نصف المال شائعًا، واشتراط نصف الربح سواء، وذلك جائز، فكذا هذا، وكذلك اشتراط ربح ثلث المال؛ لما بينا.

---

(١) وفى الأصل: شرط لصحة الإجارة.

ولو شرط لأحدهما ربح مائة درهم لا بعينها من رأس المال، جاز؛ لأن اشتراط ربح مائة درهم لا بعينها إذا كان رأس المال ألفًا، واشتراط عشر الربح سواء، ولو شرط لأحدهما ربح هذه المائة بعينها، أو ربح هذا النصف بعينه من المال فسدت؛ لأنه مما قد يقطع الشركة فى الربح؛ لأنه ربما لا يربح إلا على هذه المائة المعينة، وعلى هذا النصف، فيكون كل ذلك للمضارب، وربما لا يربح على هذه المائة المعينة، وعلى هذا النصف المعين، ويربح على ما سواهما، فيكون كل الربح لرب المال، وإذا شرط لأحدهما نصف الربح إلا عشرة دراهم، أو ثلث الربح إلا خمسة دراهم فسدت المضاربة؛ لأنه يجوز أن لا يربح إلا عشرة، أو خمسة، فيأخذها أحدهما، ولم يبقَ للآخر شيء، وكذلك لو شرط لأحدهما نصف الربح، وزيادة عشرة دراهم؛ لما بينا.

١٨١٠١- وذكر فى آخر المضاربة، وفى القدورى: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح عشرة دراهم فى كل شهر عملت فيه للمضاربة، فالمضاربة جائزة، والشرط باطل، وقال فى مزارعة "الأصل": إذا دفع أرضًا مزارعة بنصف الخارج، وجعل لمزارع أجر عشرة دراهم كل شهر عمل فيه للمزارعة، فالمزارعة باطلة.

وكان عيسى بن أبان يطعن على محمد، وكان يقول: ينبغى أن يستوى بين المسألتين فى الصحة والفساد، فيقال: يصحان جميعًا؛ لأن فى كل واحد من العقدين معنى الشركة، ولهذا جازت، وإن كان البدل معدومًا، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، أو يفسدان جميعًا؛ لأن فى كل واحد من العقدين معنى الإجارة، والإجارة تبطلها الشروط الفاسدة.

والجواب من المشايخ من قال: فى المسألة روايتان، وجه رواية الفساد أن هذا شرط يوجب قطع الشركة فى الربح، ووجه رواية الجواز أن هذا عقد على ربح معلوم لا يوجب قطع الشركة فى الربح، ثم الحق به شرط فاسد، فيصح العقد، ويبطل الشرط، إلا أن هذا الفرق إنما يتأتى على قولهما، لا على قول أبى حنيفة رحمه الله، فإن عنده الشروط الفاسدة بعد العقد تلحق العقد، ويفسده، خلافًا لهما، وإنه معروف دائر فى الكتب، وعامة المشايخ على الفرق بين المضاربة والمزارعة.

والفرق أن لكل واحد من العقدين معنى الشركة ومعنى الإجارة، إلا أن معنى

الإجارة راجح فى المزارعة على الشركة فيما عدا استحقاق البدل، ولهذا قالوا: لا يصح من غير توقيت[1]، و يجبر العامل على العمل، يفسده بالشروط الفاسدة، فأما معنى الشركة فى المضاربة راجح معنى الإجارة فيما عدا تسليم رأس المال إلى المضارب، ولهذا صح من غير توقيت[1]، ولم يجبر المضارب على العمل، ولا يفسد بالشروط الفاسدة ما عدا استحقاق البدل، فيعتبر إجارة فى حق هذا الحكم اعتباراً للراجح، والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة ما عدا تسليم رأس المال إليه، فتعتبر المضاربة شركة فى غير هذا الحكم، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فإن عمل المضارب على هذا الشرط، فإنه لا يستحق أجرًا؛ لأنه عمل فى شيء، هو فيه شريك.

١٨١٠٢ - قال محمدرحمه الله فيمن دفع ألفًا مضاربة بالنصف على أن يدفع رب المال أرضه إليه ليزرعها سنة، أو على أن يسكن داره سنة: الشرط باطل، والمضاربة جائزة، ولو كان المضارب هوالذى شرط عليه أن يدفع أرضًا له يزرعها رب المال سنة، أو يدفع داره إلى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة؛ لأن رب المال جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة داره، فصارت حصة العمل مجهولة.

١٨١٠٣- قال فى القدورى عن أبى يوسف: فيمن دفع مالا مضاربة على أن يبيع فى دار رب المال، أو دار المضارب، كان جائزًا، ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال، أو يسكن رب المال دار المضارب، فهذا لا يجوز؛ لأنه إذا شرط البيع فى أحد الدارين، فقد خص البيع مكان العقد، وإذا شرط لرب المال السكنى، فقد جعل نصف الربح على العمل، وعلى منافع الدار، وإذا شرط للمضارب السكنى، فقد جعل ذلك أجره، قال القدورى: وينبغى أن يكون الفساد فى الشرط معناه ينبغى أن يكون الفساد المذكور فى هذه المسألة راجعًا إلى الشرط، لا إلى أصل العقد.

قال القدورى فى كتابه أيضًا: كل شرط فاسد فى المضاربة يوجب جهالة الربح، أو قطع الشركة فى الربح يوجب فساد المضاربة، وما لا يوجب شيئًا من ذلك لا يوجب فسادها نحو أن يشترطا أن تكون الوضيعة عليهما؛ لأن فى المضاربة معنى الوكالة،

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن الصحيح: توفية.

والوكالة لا تبطلها الشروط الفاسدة، ولأن صحة عقد المضاربة موقوفة على القبض فصارت المضاربة من هذا الوجه كالهبة، والهبة لا يبطلها الشروط الفاسدة، هذا الذى ذكرنا كله بيان شرائط جواز المضاربة.

١٨١٠٤- جئنا إلى بيان حكمها، فنقول: حكم المضاربة شرعًا صيرورة المضارب وكيلا بعد تسليم رأس المال إليه؛ لأنه أمره بالشراء، ويكون رأس المال فى يده أمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه يرده عليه، وكان بمنزلة المودع، وفى الانتهاء إذا ظهر الربح يصير شريكًا؛ لأنه يستحق بعض الربح، وإنما سمينا هذه الأشياء حكم المضاربة؛ لأن حكم الشىء ما يثبت به، والذى يثبت بالمضاربة هذا، ولهذا قال مشايخنا: أن المضاربة فى ابتداءها إيداع، وعند الشروع وفى العمل وكالة، وإذا ظهر الربح فى الانتهاء يصير شركة، وإذا خالف المضارب يصير غصبًا، وإذا فسدت صارت إجارة فاسدة، فهذه

وإن كان ابتغى لعمله عوضًا، وهو ما شرط له من الربح كالمضارب، وذلك؛ لأنه إنما عمل فى شىء هو فيه شريك، ومن عمل فى شىء، هو فيه شريك، فإنه لا يستوجب أجرًا، وإن كان ابتغى لعمله عوضًا، كما لو أجر نفسه، فأما المضارب فلم يعمل فى شىء هو فيه شريك، بل عمله فيما لا شركة له، وقد ابتغى لعمله عوضًا، فإذا لم يسلم له ما شرط له، استوجب قيمة عمله.

وهذا الذى ذكرنا جواب ظاهر الرواية، وذكر القدورى عن أبى يوسف: أن المضارب إذا لم يربح لا يستحق شيئًا فى المضاربة الفاسدة.

وجه هذه الرواية أن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من المضاربة الصحيحة، ثم فى الصحيحة إذا لم يربح لا يستحق شيئًا، ففى الفاسدة الأولى.

١٨١٠٥- ثم فى ظاهر الرواية إذا كان له أجر مثل عمله، فهل يجب بالغًا ما بلغ أم لا يجاوز[1] عما شرط له؟ يجب أن يكون على الاختلاف على قياس المسألة التى ذكرها فى آخر كتاب الشركة فى باب الاحتشاش، والاحتطاب، قال: ولو أن اثنين اشتركا فى الاحتشاش والاحتطاب على أن يكون المجموع بينهما نصفان، فالشركة فاسدة، فلو عمل أحدهما، وأعانه الآخر كان ذلك للعامل، ولا شىء للمعين من المجموع، وللمعين على العامل أجر مثل عمله لا يجوز به على نصف الخارج الذى شرط له عند أبى يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يجب بالغًا ما بلغ، فيجب أن يكون هذا على ذلك الخلاف، ويجوز أن لا يجاوز على المشروط عند محمد رحمه الله أيضًا؛ لأن ما شرط للمضارب من مائة أو خمسين من الربح معلوم فى نفسه، بخلاف المشروط للمعين من نصف المجموع؛ لأنه مجهول فى نفسه، فيجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، كما لو استأجر أجيرًا بأجر، ولم يبين بمقداره، فإذا عمل يستوجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، فكذا هذا، وكذلك لو عمل المضارب بالمال، فتلف كله، فله أجر مثل عمله؛ لأن العامل كان لا يستحق حبس المال بأجر عمله، حتى يقال: إذا هلك المال يسقط أجره؛ لأنه ليس لعمله أثر قائم فى المال، فأشبه الحمال من هذا الوجه، والحمال ما يستحق حبس المحمول بالأجر؛ لأنه ليس لعمله أثر قائم فى المحمول، فلم يستحق

(١) وفى الأصل: أو لا يجاوز.

الحبس به، ووقع عمله مسلمًا إلى صاحب الحمل، حتى لو انكسر الدن المحمول قبل التسليم إلى صاحب الدن، كان له الأجر، فكذا هذا بخلاف القصار والخياط والصباغ، أما القصار : فلأن أثر عمله قائم فى الثوب، وأما الخياط والصباغ : فإن لهما أثرًا قائمًا ومالا قائمًا متصلا بثوبه، فاستحق كل منهم الحبس بالأجر، فإذا هلك الثوب هلك بالأجر، كالمبيع إذا هلك فى يد البائع فى مدة الحبس، هلك بالثمن، ولا ضمان على المضارب فيما هلك فى يده، وإن فسدت المضاربة، إذا كان الهلاك من غير تعدية، كذا ذكر المسألة فى "الأصل" من غير ذكر الخلاف.

١٨١٠٦- وفى القدورى : وإذا فسدت المضاربة، ثم هلك المال فى يد المضارب، لم يضمن، وروى عن محمد رحمه الله أنه يضمن، حكى عن الطحاوى : أنه كان يقول : ما ذكر فى "الأصل" : يجب أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : يضمن المضارب ما هلك عنده إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه يضمن.

ووجه ذلك أن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة، ولأجل ذلك إذا عمل المضارب استحق أجر المثل، وإذا صارت إجارة فاسدة صار المال مضمونًا عليه؛ لأنه له أن يتقبل مثل هذا العمل من غير واحد، والأجير المشترك عندهما فى الإجارة الفاسدة، متى هلك المال عنده بأمر يمكن التحرزعنه، يضمنه، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرزعنه لا يضمنه، كما لو كانت الإجارة جائزة، وعند أبى حنيفة رحمه الله : لا يضمن، يكون أمينًا فى الحالين، فيجب أن يكون هذا على ذلك الخلاف.

وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى : أنه كان يقول : ما ذكر فى "الأصل" قولهما جميعًا، ولا يكون المال مضمونًا على المضارب عندهم جميعًا، وإن فسدت المضاربة، وهو الظاهر، فإنه لم يحك فيه خلافًا، فعلى هذا يحتاج أبو يوسف ومحمد إلى الفرق بين هذا وبين الأجير المشترك إجارة فاسدة، والفرق بينهما أن المضاربة متى فسدت، فهى إجارة معنى؛ لأنه ابتغى لعمله عوضًا، لا لفظًا، فيجب العمل بالمعنى، واللفظ ما أمكن، كما فى الهبة بشرط العوض، عملنا بالأمرين، وكما فى الإقالة فعملنا بالمعنى، وأوجبنا له أجرمثل عمله، ربح أو لم يربح، كما لو استأجره، وعملنا بلفظة

المضـاربة ، وجـعلنا المال أمـانة فى يده عـمـلا باللفظ ؛ لأن المال أمـانة فى يد المضـارب ، فالطحاوى عمل بالمعنى ، ولم يعلم باللفظ ، فإنه لم يعتبر لفظ المضـاربة فى حكم ما ، ويجب العمل باللفظ ما أمكن كما يجب العمل بالمعنى ، وفى ظاهر الرواية عمل بالمعنى واللفظ جميعًا ، وكان ما ذكره فى ظاهر الرواية أن المال عنده أمانة فى قولهم جميعًا ، هو الأصح بخلاف الإجارة الفاسدة ؛ لأنها إجارة[١] لفظًا ومعنًى ، وكان أجيرًا مشتركًا معنًى ولفظًا ، فيكون المال مضمونًا عنده ، إلا أن يهلك عنده بأمر لا يمكن التحرز عنه .

الفصل الثانى
فيما يكون مضاربة بغير لفظها

١٨١٠٧- دفع إلى غيره ألف درهم مفاوضة[١] بالنصف، فذلك جائز، وهى مضاربة؛ لأن المقارضة والمضاربة لفظان ينبئان عن معنى واحد، إلا أن المضاربة لغة أهل العراق، والمقارضة لغة أهل الحجاز، وهذا كالمزارعة مع المحادثة، فإنهما ينبئان عن معنى واحدة، كالمعاملة مع المساقاة، فإنهما ينبئان عن دفع النخيل بالثلث، أو نحوه، إلا أن المزارعة، والمعاملة لغة أهل العراق، والمحادثة، والمساقاة لغة أهل الحجاز، وإذا كانتا لغتين ينبئان عن معنى واحد، صار ذكر المقارضة، والمضاربة سواء، وكان كمن قال الآخر: هذا المال لك هبة، أو عطية كانا سواء؛ لأنهما ينبئان عن معنى واحد، فصار ذكر الهبة وذكر العطية سواء، فكذا هذا، ثم إنما سميت المضاربة مقارضة؛ لأن فيها معنى القرض[٢]؛ لأن المضارب أخذ من رب المال رأس ماله؛ لينتفع به، ثم يرد عليه مثله، وهذا هو معنى القرض، وكذلك لو قال: خذ هذه الألف معاملة بالنصف يكون مضاربة؛ لأنه لما جاز أن يسمى هذا العقد مضاربة لما فيها من الضرب فى الأرض للتقلب والتصرف جاز أن يسمى معاملة لما فيها من العمل، وهو البيع، والشراء، بل أولى؛ لأن المضاربة لا تنفك عن البيع والشراء، وتنفك عن الضرب فى الأرض؛ لأنه قد يتحقق البيع، والشراء بدون السفر، وإذا صلح لفظة المعاملة كناية عن المضاربة صارت المضاربة مذكورة بما يصلح كناية عنها، وذكر الشىء بالكناية كذكره بالتصريح، وكذلك إذا دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: خذ هذه الألف، واعمل بها على أن ما رزق الله من شىء فهو بيننا نصفان، كانت مضاربة جائزة؛ لأنه إن لم يذكر المضاربة لفظًا، فقد ذكر جميع معنى المضاربة، فإن معناها أن يشترى، ويبيع، ويكون للمضارب بعض الربح بسبب البيع، والشراء، واسم العمل يتناول البيع، والشراء كما يتناول غيرهما من الأعمال،

---

(١) وفى "ظ": مقارضة.

(٢) وفى "ف": الفرض.

وإذا صار البيع، والشراء مذكوراً باسم العمل كان بمزلة ما لو ذكر البيع، والشراء نصّاً، وقد ذكر للمضارب نصف الربح فصح ما ذكرنا أنه ذكر معنى المضاربة كله، والعقد كما يثبت بذكر اللفظ يثبت بذكر جميع معناه، كما فى البيع، والإجارة، فإنهما كما يثبتان بلفظ البيع، والإجارة، يثبتان بذكر جميع معانيهما بأن يقول: ملكتك هذا العبد بألف، ملكتك منافع دارى هذه شهرا بعشرة دراهم، فكذا هذا.

ولو قال: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف، أو بالثلث، أو بالعشر فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وجازت استحسانًا، وجه القياس أنه لم يذكر المضاربة لفظًا، ولا جميع معانى المضاربة، إنما ذكر بعض ما ينتظم به المضاربة، والعقد إنما يثبت باللفظ، أو يذكر جميع معانيه، فأما بذكر بعض معانى العقد، فلا يثبت العقد.

ألا ترى لو قال: ملكتك هذا العبد لم يثبت به البيع، وكذلك فى المضاربة لو قال: خذ هذه الألف، واشتر بها هرويّا، أو رقيقًا بالنصف، وإنما قلنا: ذلك إما لم يذكر المضاربة لفظًا، فلا إشكال، وإما لم يذكر[1] جميع معانى المضاربة؛ فلأن معنى المضاربة البيع، والشراء، وأن يكون للمضارب بعض الربح، بأن البيع والشراء إن صارا مذكورين بذكر العمل؛ لأنه يتناول كل عمل لم يصر الربح مذكورًا، فإنه لم يقل: النصف من الربح، وإنما ذكر النصف مطلقًا، ومطلق النصف كما يحتمل أن يكون من الربح، يحتمل أن يكون من رأس المال كما فى مسألة الشراء، وإذا لم يذكر المضاربة، لا

فيكون الأجر مجهولا، فكانت إجارة فاسدة، فكذا هذا.

وهذا بخلاف مالو قال: خذ ها مضاربة بالنصف حيث جازت قياسًا، واستحسانًا، وإن لم يذكر النصف من الربح؛ لأنه ذكر لفظ المضاربة، فصار النصف من الربح مذكوراً مقتضى المضاربة، فجازت قياسًا، واستحسانًا لاستجماعها شرائط الجواز، وبخلاف ما لو قال: اعمل بها على أن ما رزق الله تعالى بيننا، أو ما كان من فضل فهو بيننا، جازت المضاربة قياسًا واستحسانًا؛ لأنه إن لم يذكر المضاربة لفظًا، فقد ذكر جميع معانيها، فإنه ذكر البيع، والشراء لما ذكر العمل والعقد، كما يثبت بصريح اللفظ يثبت بذكر جميع معاني الصريح، فأما ههنا بخلافه.

وجه الاستحسان أنه ذكر جميع معاني المضاربة إن لم يذكر لفظها؛ لأن جميع ما ينتظمه المضاربة البيع والشراء، فإنه لا بد من الشراء أولا برأس المال، ثم من البيع بعد ذلك حتى يتحقق الربح، فإن الربح لا يتحقق ما لم يبع المشترى لجواز أن تكون قيمة المشترى ألفين يوم الشراء لغلاء السعر، فيكون للمضارب ربح، ثم يوم البيع تصير قيمته ألفًا، فلا يحصل الربح، وإذا كان كذلك كان أمر الربح موقوفًا على البيع، والمضاربة تعقد لحصول الربح، وكان منتظمًا للبيع والشراء، وبعض الربح للمضارب، فجيمع ما ينتظمه المضاربة هذا، وقد صار البيع، والشراء مذكوراً بذكر العمل ونصيب المضارب من الربح صار مذكوراً عرفًا، إن لم يذكره رب المال نصًا؛ لأن النصف متى ذكر عقيب الشراء، ودفع الألف إليه، فإنما يراد عرفًا النصف من الربح، والثابت عرفًا كالثابت نصًا، ولو نص على أن له نصف الربح، صحت المضاربة، فكذلك هذا، بخلاف مسألة الشراء؛ لأنه لم يذكر المضاربة ثمة لفظًا، ولا إشكال فيه، ولم يذكر جميع معنى المضاربة البيع والشراء، وأن يكون للمضارب نصيب من الربح، ولم يذكر البيع، لا نصًا، ولا ذكر اسمًا آخر يدل على البيع، إنما ذكر الشراء، وأنه لايتناول البيع، والنصف متى ذكر عقيب الشراء خاصة، لا يراد بالنصف عرفًا من الربح حتى يصير البيع مذكوراً مقتضى ذكر الربح من حيث إن الربح لا يتحقق من غير بيع، وإذا لم يذكر جميع معنى المضاربة لم تثبت المضاربة، وبقيت إجارة فاسدة لجهالة العمل، والبدل، فأما هنا ذكر النصف عقيب البيع، والشراء، وعقيب دفع الألف إليه يراد به عرفًا النصف من الربح، فصار جميع معاني المضاربة مذكورة.

١٨١٠٨- وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألفًا، فقال: خذ هذه الألف، وابتع بها متاعًا، فما كان من فضل، فلك النصف، ولم يزد على هذا شيئًا، فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وفي الاستحسان: جائزة، وجه الاستحسان: أنه ذكر جميع معنى المضاربة، فصحت المضاربة، أما ذكر الشراء، ونصيب المضارب من الربح فظاهر، وأما ذكر البيع: فلأن نصيب المضارب من الربح ذكر البيع اقتضاء؛ لأن الفضل والربح لا يتحقق إلا بالبيع، فصار البيع ثابتًا مقتضى نصيب المضارب[1] من الفضل، والثابت اقتضاء كالثابت نصًا، ولو نص فقال: خذ هذه الألف، واشتر بها، وبع على أن يكون كذلك من الربح كان جائزًا، فكذا هذا بخلاف قوله: اشتر بها هرويًا بالنصف لأنه لم يذكر البيع لا نصًا، ولا مقتضى ذكر فضل، فإنه لم يقل: اشتر على أن لك نصف ما فضل، ولو قال: ذلك، جازت المضاربة، كما جازت ههنا، وههنا لو لم يقل: فما كان من فضل، فلك النصف، لا تجوز المضاربة، كما في الشراء، فأما إذا قال: خذ هذا المال على النصف، أو قال: بالنصف، ولم يزد على هذا، القياس أن تكون المضاربة فاسدة، وجازت استحسانًا؛ لأنه ذكر جميع معنى المضاربة مقتضى ذكر النصف مقرونًا بكلمة "الباء"، أو بكلمة "على"، وأنهما يصحبان الإبدال، فاقتضى ذكر النصف مقرونًا بحرف البدل سببًا يستقيم استحقاق البدل عليه، وذلك العمل لا الأخذ منه، فصار العمل مذكورًا مقتضى ذكر النصف، وإذا صار العمل مذكورًا مقتضى ذكر النصف، صار تقدير ما قال، كأنه قال: خذ هذا الألف، واعمل بها بالنصف، أو على النصف، ولو قال: هكذا، جازت المضاربة استحسانًا، فكذا هذا.

١٨١٠٩- وإذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم، وقال: خذ هذه الألف، واشتر بها هرويًا بالنصف، أو قال: اشتر بها رقيقًا بالنصف، ولم يزد عليه، قد ذكرنا أن المضاربة فاسدة، فإن اشترى بها هرويًا بالنصف، واشترى بها رقيقًا بالنصف كان المشترى للآمر؛ لأنه اشترى له بإجارة فاسدة، والفاسد من العقود في الأحكام يلحق بالصحيح، ولو اشترى له بإجارة جائزة بأن كان الأجر معلومًا، وبين المدة حتى صحت الإجارة، وكان

لأنه لم يؤمر بالبيع، فكذا هذا، فإن تلف ما باع، ولم يقدر على المشترى، فالمضارب ضامن لقيمة ما باعه لرب المال؛ لأنه سلم ماله إلى المشترى بغير الإذن فضمن.

ألا ترى لو كان مقدر يقدر على المشترى كان له تضمين المضارب[1]، فإذا كان لا يقدر عليه أولى، والثمن الذى باعه به المضارب له؛ لأنه بالضمان ملك ما باعه، فنفذ بيعه، وصار الثمن للمضارب كالغاصب إذا باع المغصوب، ثم ضمن.

١٨١١٠- طعن أبوالقاسم الصفار فى هذا الفصل، وقال: يجب أن لا يصح بيع المضارب، وإن ضمن قيمة ما باعه لرب المال، ويكون للمضارب أن يرجع على المشترى، فيأخذ منه ما باع إن كان قائمًا، وإن كان هالكًا، فإنه يضمنه قيمته، ويكون للمشترى حق الرجوع على المضارب بالثمن؛ لأن الثمن لم يصر ملكًا للمضارب، فيتقاصان الثمن بالقيمة، فإن فضل لأحدهما على صاحبه شىء رجع عليه بالفضل، وذهب فى ذلك إلى أن سبب الملك للمضارب فيما باع تأخر عن البيع، فلا يصح بيع المضارب قياسًا على ما لو باع شيئًا لغيره، وسلم، ثم اشترى بعد ذلك، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن سبب الملك للمضارب فيما باع تأخر، وهو تسليم ما باع إلى المشترى، فإنه من وقت التسليم يصير غاصبًا لما باع، أما قبل ذلك لم يوجد منه سبب الضمان، فملكه من وقت التسليم، والبيع وجد قبل ذلك، حتى لو كان المضارب سلم المبيع إلى المشترى أولا، ثم باعه منه ينفذ بيعه؛ لأنه صار ضامنًا له بالتسليم، فعند أداء الضمان يملكه من ذلك الوقت، والبيع كان بعده، وعلى قياس ما روى عن ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فى "النوادر": المودع إذا باع الوديعة بغير أمر صاحبها، وسلمها إلى المشترى لاينفذ البيع، ينبغى أن لا ينفذ[1] بيع المضارب ههنا، كما قاله أبو القاسم.

والجواب عن الطعن بأن تملك المضارب بسبق البيع، وبيان ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المضارب عند أداء الضمان ملك البيع سابقًا على البيع متصلا به؛ لأنه يصير ضامنًا حين قصد البيع، وأكد قصده البيع والتسليم، والبيع وجد بعد ذلك، وهذا وجه معروف.

(١) وفى الأصل فقط: كان له أن يضمن المضارب.

والثانى: أن ذلك البيع لا ينفذ من المضارب؛ لأنه يسبق الملك، بل ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطى، وإنه متأخر عن الملك، بيانه أن المضارب صار ضامنًا بالبيع، والتسليم، ومعناه رفع الموانع، وتمكين المشترى عن قبض المبيع، وبقبض المشترى المبيع بعد ذلك، ودفعه الثمن إلى المودع ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطى، وقبض المشترى من غير تسليم البائع، ودفع الثمن إلى البائع يكفى لثبوت البيع بالتعاطى، وإن لم يوجد من البائع تسليم، وإذا كان البيع ينعقد بينهما بقبض المشترى المبيع، وإعطاءه الثمن البائع، فنقول: هنا تأخر سبب الضمان عن الملك فينعقد، وإذا انعقد بيع المضارب ههنا صار الثمن ملكًا للمضارب، وعلى المضارب أن يتصدق بما فضل من الثمن على القيمة، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبى يوسف: لا يتصدق به، وإنه على قياس مسألة المودع إذا تصرف فى الوديعة، ربح ثم ضمن، والمسألة عرفت فى كتاب الوديعة.

فإن أجاز رب المال بيع المضارب، جازت إجازته، سواء كان المبيع قائمًا بعينه، أو كان لا يدرى أنه قائم، أو هالك، أما إذا كان قائمًا بعينه، وقد علم قيامه فلا شك أن إجازة رب المال جائزة؛ لأنه يصح منه ابتداء البيع فى هذه الحالة، فتجوز الإجازة أيضًا،

بيع الهالك ابتداء، فكذا الإجازة.

١٨١١١- ولو قال: خذ هذه الألف مضاربة، واشتر بها هرويًا بالنصف، أو رقيقًا بالنصف، هل تجوز مضاربته بالنصف أم لا؟ لا رواية لها في الكتب.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخي يقول: بأنه يجب أن لا تجوز المضاربة قياسًا على ما ذكرنا في المزارعة، إذا دفع أرضًا وبذرًا، وقال: خذها مزارعة، فاسقها بالنصف، أو قال: خذ هذه النخيل معاملة، فاحفظها بالنصف، فالمزارعة والمعاملة فاسدة، وإن ابتدأ الكلام بالعموم؛ لأنه رده إلى الخصوص بقوله: "فاسقها بالنصف"، أو "احفظها بالنصف" على مخالفة ما يوجبه حكم العام، فإن حكمه أن يكون جميع النصف مقابلا بجميع العمل، وقد قابله بإزاء عمل واحد منها في الأجرة، وذكر بعض ما اشتمله العام على مخالفة حكمه، فأوجب تخصيص العام، وإذا أوجب تخصيص العام صار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص لا غير، ولو تكلم بالخاص، بأن قال: اسق هذه الأرض بالنصف، واحفظ هذه النخيل بالنصف، كانت فاسدة، فكذا ههنا ابتدأ الكلام بما يوجب العموم حيث ذكر المضاربة، وإنها تتناول البيع، والشراء، واستحقاق بعض الربح بهما، إلا أنه لما قال: واشتر بها هرويًا بالنصف، فقد رده إلى الخاص على مخالفة ما يوجبه حكم العام، فإن حكم العام أن يكون النصف في الأجرة بإزاء البيع، والشراء، لا بإزاء الشراء وحده، فإذا قال: واشتر بها هرويًا بالنصف، فقد جعل النصف بمقابلة الشراء لا غير، فلما وجب تخصيص العام صار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص، ولو تكلم بالخاص كانت المضاربة فاسدة، كذا ههنا.

قال: كان يقول رحمه الله: ولقائل أن يقول أيضًا: إذا لم يحفظ مسألة المزارعة أن المضاربة جائزة؛ لأن قوله: واشتر بها هرويًا بالنصف على المضاربة، فيجعل ذلك كالمصرح به، ولو صرح به يجوز؛ لأنه لا يوجب ذلك تخصيص العام، فكذا هذا، إلا أن هذا يشكل بمسألة المزارعة والمعاملة، فإنه لم يقل: بأن قوله: واحفظها بالنصف، واسق الأرض بالنصف يحتمل على المعاملة والمزارعة، ولم يحتمل[1]، كأنه صرح بذلك، ولو صرح به جاز.

الفصل الثالث

فى بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها نصّا ولا يجوز

١٨١١٢- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء، فهو بينهما، ولم يزد على هذا شيئًا، فإنه يكون مضاربة جائزة؛ لأن كلمة "بين" فى اللغة كلمة التنصيف، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾[٢] الآية، أى بين قوم صالح وبين الناقة، وكان ذلك على المناصفة بدليل قوله عز وجل: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾[٣] الآية.

ومن أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان، وأحدهما ميت كان للحى نصف الثلث، كأنه قال: أوصيت بنصف الثلث لفلان، بنصفه لفلان آخر، وأحدهما ميت، وإذا كانت كلمة بين للتنصيف لغة صار كأنه قال: على أن الربح بيننا نصفان، وهناك تصح المضاربة، كذا هذا، وكذلك لو دفع إليه ألف درهم مضاربة على أنهما شريكان فى الربح، ولم يبين مقدار ذلك، فالمضاربة جائزة، والربح بينهما نصفان؛ لأن مطلق الشركة يقتضى المساواة، كما قال الله تعالى: فى الإخوة والأخوات لأم، فهم شركاء فى الثلث، فكان الثلث بينهم بالسوية، لايفضل الذكر على الأنثى.

١٨١١٣- وإذا قال الرجل لغيره: أشركتك فى هذا العبد، كان العبد مشتركًا بينهما نصفان، وإذا اقتضى مطلق الشركة المساواة صار كأنه قال: دفعت اليك هذه الألف مضاربة على أن يكون الربح بيننا نصفان، وذلك جائز، ويكون الربح بينهما على المناصفة، كذا هذا، ولو قال: على أن للمضارب شركا من الربح، فالشرك، والشركة واحد، وبينهما نصفان عند أبى يوسف، وقال محمد رحمه الله: قد فسدت المضاربة؛ لأن الشرك عبارة عن مطلق النصيب، قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي

(١) وفى "م": لم يجعل.

(٢) سورة القمر: الآية٢٨.

(٣) سورة الشعراء: الآية ١٥٥.

السمَوَات . . . ﴾[1] الآية ، أى نصيب ، وذلك ليس بمعلوم ، ففسدت المضاربة ، ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح ، فهذا على ثلاثة أوجه : إن علم رب المال ، والمضارب بما شرط فلان لفلان من الربح تجوز المضاربة ، وإن لم يعلما لا تجوز المضاربة ؛ لأن كل واحد منهما جهل مقصوده بهذا العقد ، وهو الربح .

فرق أبو يوسف بين هذه المسألة ، وبين مسألة ذكرها فى آخر كتاب الشفعة ، وهى دار بين جماعة باع أحدهم نصيبه من رجل بألف درهم ، والبائع ، والمشترى لا يعلمان مقدار نصيبه ذكر أن البيع جائز مع ضيق حاله ، وهنا قال : المضاربة فاسدة مع سعة حالها .

١٨١١٤ - والفرق أن البدل فى المعاوضات إنما يصير معلومًا بأحد أسباب ثلاثة : إما بالتسمية[2] ، أو بالإشارة اليها ، أو بالإشارة إلى الظرف الذى فيه البدل ، فإن ذلك[3] يكفى للجواز ، وإن كانا جاهلين بحال البدل ، فإنه لو قال : بعتك ما فى هذه الدار ، أو ما فى هذا الجراب ، ولايعلمان ما فى الدار والجراب ، جاز البيع ؛ لأن الظرف الذى فيه البدل معلوم بالإشارة ، وفى البيع إن لم يوجد تسمية مقدار النصيب ، ولا الإشارة إلى النصيب الذى هو معقود عليه[4] ، وجد الإشارة إلى ظرف المعقود عليه ، فإنه قال : نصيبى من هذه الدار ، ونصيبه فى هذه الدار لا محالة ، والإشارة إلى ظرف المعقود عليه كاف للجواز ، فأما فى مسألتنا هذه لم يوجد التسمية المفيدة للعلم بمقدار الربح ، ولا الإشارة إلى الربح ؛ لأنه معدوم بعد ، والإشارة إلى المعدوم لا يتصور ، والمعدوم لا يتصور مظروفًا لشىء حتى يجعل الإشارة إلى الظرف كالإشارة إلى المظروف ، والإعدام إنما ثبت بهذه الأشياء ، فإذا لم يوجد واحد منهما بقى الربح مجهولا ، وصار قياس هذا من البيع أن لو قال : بعتك نصيبى من دار ، ولم يقل : من هذه الدار ، فإنه لا يجوز ؛ لأنه لم يوجد تسمية مقدار المعقود عليه ، ولا الإشارة إليه ، ولا إلى الظرف الذى فيه المعقود

(١) سورة الأحقاف : الآية ٤ .

(٢) وفى الأصل و "ف" و "م" : بالقيمة .

(٣) وفى الأصل : فإن ذكر ذلك .

(٤) وفى الأصل : مقصود عليه .

عليه، فلم يجز فكذا هذا.

١٨١١٥- هذا إذا جهلا بما شرط لفلان من الربح، فأما إذا علم أحدهما، وجهل الآخر إما رب المال أو المضارب، فإن المضاربة لا تجوز؛ لأن الجاهل بذلك جهل مقصوده بالمضاربة، وهو الربح، فأوجب فساد المضاربة، ثم أبو حنيفة رحمه الله لا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة، وبين مسألة الشفعة متى جهل رب المال المشروط لفلان وعلم المضارب؛ لأن رب المال مشترٍ لعمل المضارب ببعض ما شرط له من الربح، والمضارب بايع عمله من رب المال ببعض الربح، فإذا جهل رب المال، وهو بمنزلة المشترى، كان بمنزلة ما لو جهل المشترى فى مسألة كتاب الشفعة، ولو جهل المشترى فى مسألة كتاب الشفعة بمقدار النصيب فسد البيع أيضًا، فكذلك هذا، وإنما يحتاج إلى الفرق إذا علم رب المال، وجهل المضارب، فإن ثمة قال: إذا جهل البائع مقدار النصيب، وعلم المشترى جاز البيع هنا على المشترى بمقدار نصيبه لما علم بمشروط فلان، إنما جهل البائع، وهو المضارب، وقد قال: المضاربة فاسدة، فيحتاج إلى الفرق بين المسألتين فى هذا الموضع.

والفرق له ظاهر، وهو أن فى مسألة الشفعة جهالة البائع بمقدار النصيب إنما لم يمنع جواز البيع؛ لأنه لم يجهل مقصوده من البيع، فإن مقصود البائع من البيع الثمن، ومقصود المشترى المبيع، والبائع يعلم مقصوده من الثمن، والمشترى علم بمقصوده من المبيع فجاز البيع، فأما هنا المضارب وإن كان بائعًا، فقد جهل مقصوده من المضاربة؛ لأن مقصوده من المضاربة الربح، وقد جهل مقصوده من الربح إذا جهل بمشروط فلان، فإنه لا يدرى مقدار ربحه، فأوجب ذلك فساد المضاربة، وصار قياس مسألة المضاربة من البيع أن لو جهل البائع مقصوده من الثمن بأن باع نصيبه من هذه الدار بمثل ما باع فلان، و لم يعلم البائع بما باع به فلان، والمشترى عالم، وهناك البيع يكون فاسدًا، وإن كان الجاهل هو البائع؛ لأنه جهل مقصوده بالبيع، فإذن من حيث المعنى لا فرق بين المسألتين، فإنه فى المسألتين جميعًا متى جهل البائع مقصوده بالعقد كان العقد فاسدًا.

الفصل الرابع
فى بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها

١٨١١٦- قال محمد رحمه الله : من دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شىء فى ذلك، فذلك كله للمضارب، فقبض المضارب المال على هذا الشرط، وربح، أو وضع، أو هلك المال بعد ما قبضه المضارب قبل أن يعمل به، كان الربح للمضارب، والوضيعة والهلاك عليه؛ لأن هذا العقدان كان مضاربة لفظًا، فهو قرض معنى؛ لأن رب المال شرط جميع الربح للمضارب، ولن يصير جميع الربح للمضارب، إلا بعد أن يكون رأس المال للمضارب خاصة؛ لأن الربح من رأس المال بمنزلة الولد من الأم، والثمرة من الشجرة؛ لأن الربح المال، والثمر فرع الشجرة، والولد فرع الأم، ثم لا يجوز أن يكون الأم لإنسان، والولد يخرج على ملك الغير، فكذا الربح، فإذا شرط رب المال جميع الربح للمضارب، فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى اشتراط جميع الربح له، إلا أنه ملكه بطريق التبرع حيث لم يشترط عليه العوض، والتبرع نوعان: الهبة، والقرض، والقرض أدنى، فكان إثباته أولى حالة الاحتمال، وصار كأنه صرح بالقرض، وهناك جميع الربح يكون للمضارب، والوضيعة، والهلاك عليه، كذا هنا.

فإن قيل: هذا العقد إن كان قرضًا معنى، فهو مضاربة لفظًا، فلم كان[1] اعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ.

قلنا: نحن نعتبر اللفظ والمعنى جميعًا، فنعتبره مضاربة ابتداء قرضًا انتهاء، إذا القرض يرد على المضاربة، فإن من دفع إلى رجل دراهم مضاربة، وسلمها إليه، ثم إن رب المال قرض تلك الدراهم من المضارب جاز، وتصير الدراهم قرضًا، فعملنا باللفظ، والمعنى، وقلنا: إن هذا العقد ينعقد مضاربة فى الابتداء، ثم يصير قرضًا بعد ما قبضه المضارب، فهذا من باب العمل بالمعنى، واللفظ، لا من باب الترجيح للمعنى

(١) وفى الأصل: فإن كان.

على اللفظ، هذا كما قلنا فى الهبة بشرط العوض : إنها تنعقد هبة ابتداء عملا باللفظ، ويتم بيعًا بعد اتصال القبض بالبدلين عملا بالمعنى، وأمكن العمل باللفظ والمعنى، ثم كما أمكن ههنا؛ لأن البيع يرد على الهبة، فإن من وهب إنسانًا شيئًا، وأبى التسلم إلى الموهوب له حتى باعه من الموهوب له، يجوز، فعملنا باللفظ، والمعنى على نحو ما قلنا، كذا ههنا.

فإن قيل : أليس أن محمدًا رحمه الله ذكر فى كتاب المزارعة أن من دفع إلى رجل أرضًا، وقال له : ازرع أرضى ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، ففعل، كان كل الخارج للمزارع، ولا شيء لرب الأرض على المزارع، وجعل رب الأرض مملكًا منافع الأرض من المزارع بغير عوض، ولم يجعل صاحب المال ههنا مملكًا رأس المال من المضارب من غير عوض.

قلنا فى الفرق بين المسألتين أن فى المسألتين جميعًا لما لم يشترط رب الأرض، ورب المال العوض لنفسه احتمل أن يكون التمليك بعوض، وأن يكون بغير عوض، إلا أنا لو جعلنا رب الأرض مملكًا منافع الأرض بعوض، فقد قومنا المنافع حالة الشك، ولا وجه إليه؛ لأنها غير متقومة فى الأصل، وإذا جعلنا رب المال مملكًا رأس المال بعوض أن قومناه على المضارب حالة الشك، فإنه جائز؛ لأن رأس المال متقوم فى الأصل، ولو كان شرط رب المال فى عقد المضاربة أن ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء فكله لى، كان هذا بضاعة؛ لأن هذا إن كان مضاربة لفظًا، فإنه إبضاع معنى؛ لأن المضارب لم يبتغ لعمله عوضًا لما رضى أن يكون جميع الربح لرب المال، والمستبضع من لم يبتغ لعمله عوضًا، فكان هذا إبضاعًا معنى، وإن كان مضاربة لفظًا، والمستبضع إذا ربح، أو وضع كان الربح لرب المال، والوضيعة عليه أيضًا.

الفصل الخامس
فى المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما، ويسكت عن الآخر

١٨١١٧- إذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم مضاربة[1] على أن للمضارب نصف الربح، أو قال: ثلثه، ولم يتعرض لجانب رب المال، فالمضاربة جائزة، وللمضارب ما شرط له، والباقى لرب المال؛ لأن البيان والشرط إنما يعتبران فى جانب المضارب، لا فى جانب رب المال، كان المضارب إنما يستحق الربح بالشرط، فأما رب المال فإنما يستحقه لكونه فرع ملكه، فلهذا لابد من الشرط، والبيان فى جانب المضارب، وقد وجدا، فلا حاجة إلى ما وراءه.

١٨١١٨- ولو قال: على أن لرب المال نصفه، أو قال: ثلثه، ولم يبين للمضارب شيئًا، فالقياس أن تفسد المضاربة، وفى الاستحسان: يجوز، ويكون للمضارب الباقى بعد نصف رب المال، والوجه فى ذلك أن رب المال خص نصيبه من الربح بالنصف، أو الثلث، فيجب أن يكون فى هذا التخصيص فائدة، وإنما يفيد هذا التخصيص إذا صار بيانًا أن الباقى للمضارب، أما إذا لم يصر بيانًا أن الباقى للمضارب كان ما ذكر من النصف أو الثلث لنفسه من الربح لغوًا، ولايلغى كلام العاقل ما أمكن.

وعلى هذا القياس والاستحسان: المزارعة إذا بين صاحب البذر نصيب نفسه خاصة، ولم يبين نصيب الآخر، ولو قال رب المال: على أن لى نصف الربح، ولك ثلثه، فللمضارب الثلث، والباقى لرب المال؛ لما ذكرنا أن البيان إنما يحتاج إليه فى جانب المضارب، لا فى جانب رب المال، وقد بين للمضارب ثلث الربح، فيكون الباقى لرب المال ضرورة.

١٨١١٩- ومن قال لغيره: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف، أو قال: بالثلثين، أو بالثلث، أو ما أشبه ذلك، فالمضاربة جائزة؛ لأنها لو لم تجز، إنما لم تجز؛ لأنه لم يبين نصيب المضارب، وقد بين نصيب المضارب؛ لأن ما ذكر من النصف، ونحوه مشروط

للمضارب دلالة، والثابت دلالة، والثابت نصًّا سواء، ولو نص على أن للمضارب نصف الربح، أو ثلثه، أو ما أشبه ذلك، أليس أنه يجوز؟ كذا ههنا.

وبيان الدلالة من وجهين: أحدهما: أنه قرن النصف، أو الثلث بحرف الباء، وهو إنما يصحب الأبدال، فيكون مشروطًا لمن يستحقه بطريق البدل، والذى يستحقه بطريق البدل المضارب، فإنه يأخذه بدل عمله، فأما رب المال، فلا يستحق الربح بطريق البدل عن شىء، وإنما يستحقه لملكه رأس المال؛ لأنه فرع ملكه، وكان كصاحب البذر فى المزارعة ما يستحقه؛ لأنه فرع ملكه لا بدلا عن شىء، فكذلك هذا.

والثانى: وهو أن المضارب هو المحتاج إلى الشرط، فإنه لا يستحق ربح المال بغير شرط، فأما رب المال، فإنما[1] يستحقه بغير الشرط؛ لأنه فرع ملكه، ولهذا كان جميع الربح متى فسدت المضاربة، وإذا كان المحتاج إلى الشرط هو المضارب، لا رب المال، فإذا شرط النصف فى المضاربة مطلقًا، انصرف إلى من يحتاج إلى الشرط، لا إلى من لا يحتاج إليه، فكان كمن اشترى عشرة دراهم، وثوبًا بعشرين درهمًا، فنقد عشرة ولم يقل: من حصة الدراهم يصرف إليه؛ لأن حصة الدراهم من الثمن هو المحتاج إلى القبض فى المجلس، فأما حصة الثوب فما لا يحتاج إلى قبضه فى المجلس لصحة العقد، فصرفت العشرة المنقودة على الإطلاق إلى ما كان محتاجًا إليه، لا إلى ما كان غير محتاج إليه، فكذلك هذا، وإذا انصرف المشروط إلى المضارب دلالة للوجهين الذين ذكرنا، صار كالمنصوص عليه.

١٨١٢٠- ولو نص، فقال: دفعت اليك هذا المال مضاربة على أن يكون النصف لك، أو الثلثان لك صحت المضاربة؛ لأن نصيبه معلوم على وجه لا يقطع الشركة فى الربح، فكذلك هذا، فإن قال رب المال: عينت الثلثين لنفسى، لم يصدق؛ لأن الثلثين صار مشروطًا للمضارب دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصًّا، ولو نص أن للمضارب الثلثين، ثم قال: عنيت الثلثين لنفسى لم يصدق، فكذا هذا.

فإن قيل: كان يجب أن تصح المضاربة؛ لأن من إحدى شرائطها أن يكون نصيب المضارب معلومًا من الربح حتى لو شرط له النصف من رأس المال، والربح كانت

(١) وفى الأصل و "م": فإنه.

المضاربة فاسدة، وهنا إن صار نصيبه معلومًا بالنصف لم يصر معلومًا أنه من رأس المال، أو من الربح؛ لأنه ذكر النصف مطلقًا غير مقيد بالربح، ومطلق النصف يحتمل الأمرين جميعًا.

قلنا: رب المال إن لم يقيد النصف بالربح نصًا، فقد تقيد النصف بالربح دلالة؛ لأنه ذكر المضاربة، والمستحق للمضارب بحكم المضاربة الربح، لا رأس المال، فيصير النصف مقيدًا بالربح مقتضى ذكر المضاربة، والثابت اقتضاء كالثابت نصًا، ولو نص، فقال: خذ مضاربة بالنصف من الربح، كانت المضاربة جائزة، وكان النصف مشروطًا للمضارب من الربح، فكذلك هذا، إن قلنا: إن النصف تقيد بالربح مقتضى ذكر المضاربة، ولئن قلنا: إنه لم يتقيد النصف بالربح مقتضى ذكر المضاربة، فنقول: ذكر النصف مطلقًا، ويحتمل أن يكون من الربح، وأن يكون من رأس المال، فيصرف إلى الربح، حملا للعقد على الصحة، كما لو باع بألف درهم، انصرف الي نقد البلد حملا للعقد عل الصحة، وإن احتمل ذكر الدراهم مطلقًا نقد بلدا آخر، فكذا ههنا.

الفصل السادس
فى شرائط الربح لثالث

١٨١٢١- إذا شرط فى المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المال، فهو على وجوه:

أحدها: إذا شرط ذلك لأجنبى، وفى هذا الوجه إن شرط عمل الأجنبى، فالمضاربة جائزة، والشرط جائز، ويصير رب المال دافعًا المال مضاربة إلى رجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبى، فالمضاربة أيضًا جائزة، والشرط باطل، ويجعل المشروط للأجنبى كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال، وهذا؛ لأنه لايمكن تصحيح هذا الشرط للأجنبى إذا لم يشترط عمله؛ لأن الربح إنما يستحق إما برأس المال، أو بالعمل، ولم يوجد شيء من ذلك فى حق الأجنبى، فيجعل كالمسكوت عنه.

الثانى: إذا شرط بعض الربح لعبد رب المال أو لعبد المضارب، فإن شرط عمل العبد مع ذلك، فالمضاربة جائزة، والشرط جائز أيضًا على كل حال، وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين، صح الشرط، سواء كان عبد المضارب، أو عبد رب المال؛ لأنه إن تعذر تصحيح هذا الشرط فى حق العبد؛ لأنه لا عمل من جهته، ولا مال، أمكن تصحيحه لمولِى العبد؛ لأن المشروط للعبد مشروط لمولاه إذا لم يكن على العبد دين، وإن كان على العبد دين، فإن كان عبد المضارب، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يصح الشرط، ويكون هذا المشروط كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال، فإنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد، وتعذر تصحيحه للمضارب؛ لأنه لا يملك كسب عبده عند أبى حنيفة رحمه الله إذا كان مديونًا، وعندهما يصح الشرط، ويجب الوفاء به، وإن كان عند رب المال، فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف.

الثالث: إذا شرط بعض الربح لبعض من لا تقبل شهادة المضارب له، أو شهادة

رب المال له نحو الابن، والمرأة، والمكاتب، ومن أشبههم، والجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لأجنبي.

الرابع : إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب، أو لقضاء دين رب المال، فهو جائز، ويكون المشروط له؛ لأن منفعته تعود إليه.

الفصل السابع
فى الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا

١٨١٢٢- إذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم، وقال: نصفها عليك قرض، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فأخذه على ذلك، فهو جائز على ما سمى؛ لأنه جمع بين العقدين على المشاع، ولو أفرد كل واحد منهما على المشاع يجوز، فإنه لو قال: دفعت اليك نصف هذه الألف قرضًا، يجوز، وكذلك إذا قال: دفعت اليك نصف هذه الألف مضاربة، فيجوز إذا جمع بينهما، وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا، وفيه طعن أبو القاسم الصفار، وإذا جاز هذا العقد كان لكل واحد نصف حكم نفسه، ومن حكم القرض أنه إذا هلك بعد القبض يهلك على المستقرض، ومن حكم المضاربة أن رأس المال إذا هلك فى يد المضارب يهلك أمانة.

١٨١٢٣- وإذا قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى، فإنه يجوز ويكره؛ لأنه قرض جر نفعًا؛ لأنه شرط مع المثل لنفسه عملا فى ماله، ولو قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك، ونصفها مضاربة تعمل فيه بالنصف، فهو جائز، ولم يذكر الكراهة ههنا.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الكراهية ثمة ذكر ههنا؛ لأن القرض فى الموضعين جر نفعًا، ومنهم من قال: سكوت محمد رحمه الله عن ذكر الكراهية ههنا دليل على أنه لا كراهة ههنا، وإنما جاء الفرق لاختلاف الوضع ذكر فى هذه المسألة أنه دفع إليه ألف درهم، وقال: نصفها قرض عليك، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فقد عطف المضاربة على القرض، ولم يجعلها شرطًا فى القرض، وإذا لم تصر المضاربة شرطًا، كان هذا نفعًا حصل للمقرض من غير شرط فى القرض.

وفى المسألة المتقدمة جعل المضاربة شرطًا فى القرض، فإنه قال: وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة، وكلمة "على" للشرط، فصارت المضاربة شرطًا فى القرض، وكان هذا قرضًا جر نفعًا شرطًا فى القرض، والمكروه منفعة شرطت فى القرض، لا

مطلق المنفعة، ولكن هذا ليس بصحيح.

١٨١٢٤- فقد ذكر القدورى فى شرحه: إذا دفع إليه ألف درهم على أن نصفها قرض عليه، ويعمل بالنصف الآخر على الربح للدافع، وذكر أنه مكروه مع أنه لم يجعل المضاربة شرطًا فى القرض، ولو قال: على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة للمضارب، وقبضها المضارب على ذلك غير مضمونة، فهذه الهبة فاسدة، والمضاربة جائزة، فإن هلك المال فى يد المضارب قبل أن يعمل به، أو بعد ما عمل به، فإنه ضامن لنصف المال حصة الهبة، ولا يضمن حصة المضاربة.

وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له، فإن ربح المال ربحًا، كان نصف الربح للمضارب، ونصفه للمضاربة؛ لأن نصف الدراهم صار ملكًا للمضارب بالهبة، فحصته من الربح يكون له، والنصف الآخر للمضاربة، فحصته من الربح تكون بين رب المال والمضارب على الشرط.

ولم يذكر محمد رحمه الله فى الكتاب أن حصة الهبة من الربح، هل تطيب للمضارب، أو يتصدق به؟ وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينبغى أن يتصدق به عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبى يوسف رحمه الله: لا يتصدق به؛ لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد كالمغصوب حتى يجب رده بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو كان الدراهم مغصوبة، فتصرف فيها، وربح كانت المسألة على الخلاف، كذا ههنا.

وذكر الفقيه أبو اسحاق الحافظ: أنه لا يتصدق؛ لأن الدراهم ههنا صارت مملوكة، ولكن بعقد فاسد، والدراهم متى صارت مملوكة، وتصرف فيها المالك، وربح يطيب له الربح عند الكل، سواء ملكت بعقد صحيح، أو بعقد فاسد، نص عليه محمد فى مضاربة الأصل، وفى "الجامع الكبير": وإنما الخلاف فى الدراهم المغصوبة إذا تصرف فيها، وربح، وفى المبيع بيعًا فاسدًا، إذا تصرف فيه، وربح، ولو سمى نصفها بضاعة، ونصفها مضاربة بالنصف جاز، فإن هلك المال قبل العمل، أو بعده هلك على رب المال، وإن ربح، فلرب المال ثلاثة أرباع الربح، وللمضارب ربع الربح.

١٨١٢٥- ولو سمى نصفها وديعة، ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز، فإن قسم المضارب رب المال نصفين، فعمل بأحد النصفين على المضاربة، ووضع،

فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان؛ لأن قسمة المضارب لا تصح؛ لأن القسمة لا تقوم بالواحد، فإذا اشترى شيئًا بنصف الدراهم للمضاربة، ونقد الدراهم، فقد نقد نصف الثمن من مال الوديعة، ونصفه من مال المضاربة؛ لأن ما من جزء من أجزاء المال إلا ونصفه وديعة، ونصفه مضاربة، وإنما أمر هو بالشراء بمال المضاربة، لا بالوديعة، فصار ضامنًا حصة الوديعة، لا حصة المضاربة، وكانت الوضيعة عليهما من هذا الوجه، وإن ربح، فالربح بينهما نصفان، إلا أن ما كان من حصة الوديعة تصدق به المضارب فى قول أبى حنيفة رحمه الله خلافًا لأبى يوسف.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٨١٢٦- باع نصف متاعه من غيره، وأمره بأن يبيع الباقى، يعمل بالثمن كله مضاربة. إذا جاء إلى رجل بجراب هروى، فباع نصف الجراب منه بخمسمائة، وأشهد عليه بذلك، ثم أمره أن يبيع النصف الباقى، ويقبض الثمن، يعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله من شىء، فهو بينهما، فنقد المضارب الخمسمائة التى كانت عليه لرب المال، وأخذ الخمسمائة التى على الأجنبى منه، وعمل بهما جميعًا، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

١٨١٢٧- الأول: إذا شرط صاحب الجراب أن الربح بينهما نصفان، وفى هذا الوجه الربح بينهما نصفان، والوضيعة كذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لرب المال ثلاثة أرباع الربح، وللمضارب الربع، والوضيعة كلها على رب المال.

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله: إن المضاربة فى نصف ثمن الجراب الذى كان دينًا لرب المال لم ينعقد لا جائزًا، ولا فاسدًا، أما جائزًا فلأن من إحدى شرائط جواز المضاربة أن لايكون رأس المال دينًا على المضارب، وأما فاسدًا؛ فلأن المضاربة الفاسدة مبناها على التوكيل، ومن مذهبه أن صاحب الدين إذا وكل المديون بأن يشترى له شيئًا مما عليه من الدين، ولم يعين من يشترى منه، فإنه لا يصح التوكيل، وإن سمى جنسه، وإذا اشترى المديون يكون مشتريًا لنفسه، وانعقدت المضاربة فى الخمسمائة التى قبضها من

الأجنبي بصفة الجواز، وإنه ظاهر، وإذا لم تصح المضاربة في الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي، وقد شرط رب المال للمضارب نصف الربح، صار كأن رب المال قال للمضارب: اعمل في خمسمائة ليس مالك؛ ليكون ما ربحت كله لك، ووضيعته عليك، وكان هذا مشورة منه في ماله، وإنه لابأس به، واعمل في مالي كله، فيكون هذا استعانة منه، ولا بأس بالاستعانة، فقد أشار إليه في ماله بشيء، ودفع ماله إليه بضاعة، فإن ربح يكون بينهما نصفين، وإن وضع، فالوضيعة عليهما نصفان؛ لأن النصف مال المضارب، والنصف مال رب المال.

وجه قولهما: إن المضاربة في الخمسمائة التي كانت على المضارب إن لم تنعقد جائزة انعقدت فاسدة؛ لأن التوكيل بالشراء بما على المديون من الدين جائز عندهما، وإن لم يعين من يشتري منه، وفي الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي، فالمضاربة جائزة، وإذا صحت المضاربة في إحدى الخمسمائتين فسدت في الأخرى، وقد شرط للمضارب نصف الربح لعمله في المالين جميعًا يكون نصف النصف مشروطًا لعمله في إحدى الخمسمائتين، نصف النصف مشروطًا لعمله في الخمسمائة الأخرى، إلا أن نصف النصف الذي شرط لعمله فيما فسدت فيه المضاربة عندهما لم يثبت، ويثبت نصف النصف مشروطًا لعمله في الخمسمائة التي صحت المضاربة فيها، وهي الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي، وكان له ربع ربح جميع المال؛ لأن نصف النصف ربع الكل، وكان للمضارب ربع الربح، ولرب المال ثلاثة أرباعه عندهما.

وهل يستحق على رب المال أجر المثل في الخمسمائة التي فسدت المضاربة فيها؟ فهذا على وجهين: إما إن خلط إحدى الخمسمائتين بالأخرى، ثم تصرف وربح، أو لم يخلط وتصرف في كل واحد منهما قبل الخلط، وربح، فإن خلط إحداهما بالأخرى، ثم ربح، فليس له أجر مثل عمله؛ لأنه صار عاملا في شيء هو فيه شريك لا يستوجب أجرًا، وإن لم يخلط إحدى الخمسمائتين بالأخرى، وربح على كل واحد من المالين، فله أجر مثل عمله في الخمسمائة التي فسدت المضاربة فيها، هذا إذا شرط أن يكون الربح بينهما نصفين.

١٨١٢٨- الوجه الثاني: إذا شرطا أن يكون للمضارب ثلثا ربح المالين، ولرب

المال ثلث الربح، وفى هذا الوجه إن ربح كان الربح بينهما على ما اشترطا، فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: ثلثاه للمضارب، وثلثه لرب المال، وإن وضع كانت الوضيعة عليهما أيضًا؛ لما ذكرنا أن المضاربة عنده فى إحدى الخمسمائة لم تنعقد أصلا، وصحّت فى الأخرى، فإذا شرط رب المال ثلثى ربح المالين، وإحدى الخمسمائتين ملك المضارب، والخمسمائة الأخرى ملك رب المال صار كأنه قال له: اعمل فى مالك ليكون مالك كل، واعمل من مالى، وهو الخمسمائة التى قبضتها من الأجنبىّ؛ ليكون ربحه بيننا أثلاثًا، ثلثه لك، وثلثاه لى.

ولو صرّح بهذا كان للمضارب ثلثا الربح، كما اشترطا ثلث ربح ماله، وثلث ربح مال رب المال، فكان للمضارب ثلثا الربح، ولرب المال ثلث الربح، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: والوضيعة عليهما نصفان؛ لأن المال بينهما نصفان: نصفه ملك المضارب، ونصفه ملك رب المال.

وعلى قول أبى يوسف[1] ومحمد رحمهما الله: للمضارب أيضًا ثلث الربح، إن عمل فى المالين وربح، ولرب المال ثلث الربح، والوضيعة كلها على رب المال؛ لأن المضاربة عندهما انعقدت فى إحدى الخمسمائتين بوصف الصحة، وفى الخمسمائة الأخرى انعقدت بوصف الفساد، وقد شرط للمضارب ثلثى ربح جميع المال لعمله فى المالين، فيكون كل الثلث مشروطًا لعمله فى الخمسمائة التى فسدت فيها المضاربة، والثلث مشروطًا لعمله فى الخمسمائة التى جازت فيها المضاربة، فالثلث الذى كان مشروطًا لعمله فيما جازت فيه المضاربة، والثلث الذى كان مشروطًا لعمله فيما فسدت فيه المضاربة بطل، وإذا بطل أحد الثلثين، وثبت الآخر كان للمضارب ثلث الربح، ولرب المال ثلثا الربح.

وهل له أجر المثل فى الخمسمائة التى فسدت فيها المضاربة؟ فالجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا، إن خلطه، فليس له أجر، وإن لم يخلطه، فله أجر المثل فيها أى فى الخمسمائة إلى فسدت فيها المضاربة، والوضيعة كلها على رب المال.

١٨١٢٩ - الوجه الثالث: إذا شرطا أن يكون لرب المال ثلثا الربح، وفى هذا

(١) وفى الأصل: وعلى قياس قول أبى يوسف.

الوجه على قول أبى حنيفة رحمه الله : الربح بين رب المال والمضارب نصفان، وكذا الوضيعة بينهما نصفان، وعلى قولهما : لرب المال خمسة أسداس الربح، وللمضارب السدس.

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله : إن المضاربة قد انعقدت فى إحدى النصفين بوصف الصحة، ولم تنعقد فى النصف الآخر، فإذا شرط رب المال لنفسه ثلثى الربح، صار رب المال كالقائل له : اعمل فى مالى، فيكون ربحه كله لى، وإنه استعانة بينهما، اعمل فى مالك ليكون ثلث ربح مالك لى، ولم يصحّ هذا الشرط على المضارب؛ لأنه ليس لرب المال فى ذلك عمل، ولا رأس مال، ولا بد فى استحقاق الربح من أحد هذين، وإن وضع، فالوضيعة عليهما نصفان،

وجه قولهما : إن المضاربة فى إحدى الخمسمائتين انعقدت فاسدة، وفى الخمسمائة الأخرى انعقدت جائزة، وقد شرط للمضارب ثلثا الربح بإزاء عمله فى المالين، فيكون نصفه مشروطًا له بإزاء عمله فيما فسدت المضاربة فيه، فلم يصح الشرط، ونصفه مشروطًا بإزاء عمله فيما يجب المضاربة فيه، فيصح الشرط، وإذا بقى فى المشروط نصفه، والمشروط الثلث كان الباقى نصف الثلث، ونصف الثلث السدس، وكان للمضارب سدس الربح، ولرب المال خمسة أسداس الربح، وهل له أجر مثل عمله فى الخمسمائة التى فسدت المضاربة فيها؟ فالجواب على التفصيل الذى ذكرنا.

الفصل الثامن
فى بيان مايملك المضارب على رب المال
فى التصرفات وما لا يملك

١٨١٣٠- وإذا وقع ما لا مضاربة بالنصف، ولم يزد على هذا، فهذه مضاربة مطلقة، وله أن يشترى بها ما بدا له من سائر التجارات، وله أن يعمل ما هو من عادات التجار كالإبضاع والإيداع واستئجار الأجر للعمل فى المال، واستئجار البيوت لحفظ الأموال، واستئجار السفن والدوابّ للحمل، هذا هو لفظ "القدورى".

يجب أن يعلم بأن المضارب يملك على رب المال ما هو تجارة من كل وجه، أو ما هو من صنع التجار، بأن لم يكن للتجار منه بدأ ما ما ليس بتجارة من كل وجه، وهو بتجارة من وجه دون وجه، وليس ذلك من صنيع التجار، فلا يملكه المضارب على رب المال.

وعن هذا، قلنا: المضارب لا يملك تزويج غلام المضاربة؛ لأنه ليس بتجارة مبادلة المال بالمال، بل هو مبادلة ما ليس بمال بما له.

وليس من صنيع التجار؛ لأنهم لا يزوّجون الغلام لما فيه من استهلاك رقبة العبد بالمهر والنفقة، وأما تزويج الأمة: فقد ذكر فى مضاربة "الأصل" برواية أبى حفص: أنه ليس له ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولم يذكر قول أبى يوسف رحمه الله فى "الأصل".

وذكر "القدورى": أن المضارب يملك تزويج الأمة عند أبى يوسف رحمه الله، وله أن يبيع بالنقد والنسيئة، وأن يوكل بذلك، وكل ما كان للمضارب أن يفعله، فله أن يوكل به، وله أن يرهن من مال المضاربة بدين عليه فى المضاربة، ولذلك[١] له أن يرتهن بذلك؛ لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء، وله الإيفاء والاستيفاء، وله أن يحتال

---

(١) وفى الأصل: وكذلك.

بالثمن على من هو أيسر وأعسر، ويجوز ذلك على رب المال، ولا يضمن رب المال شيئًا؛ لأن قبول الحوالة من صنيع التجار، بخلاف الوكيل الخاصّ بالبيع، إذا احتال بالثمن على غير المشترى حيث لايصحّ عند أبى يوسف رحمه الله كيف ما كان، وعندهما: يصح كيف ما كان، إلا أنه يضمن الثمن للآمر، وله أن يستأجر أرضًا بيضاء، ويشترى ببعض المال طعامًا، فيزرعه، وكذلك إذا تقبلها ليغرس فيها نخلا أو شجرًا؛ لأن الاستئجار من التجارة، وهو من عادات التجار.

١٨١٣١- ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرًا معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال، وإن قال له: اعمل برأيك؛ لأنه عقد على منافع نفسه، وإنها غير داخلة تحت العقد، وما شرط من الإنفاق، فذلك تابع للعمل كالخيط فى الخياطة، والصبغ فى الصباغة.

وقوله: اعمل برأيك يفيد تعميم التفويض فى التصرف فى المال، ومنافع المضارب لايجوز أن يستحق بدلها رب المال.

ولو أخذ الأرض مزارعة، واشترى طعامًا ببعض مال المضاربة فزرعه، فإنه يجوز، إن كان قال له المضارب: اعمل برأيك، وإلا فلا؛ لأنه يثبت حقًا لرب الأرض[1] فى مال المضاربة، وهو مال رب المال، والمضارب لا يملك الاشتراك، وإن كان البذر والبقر من قبل رب الأرض، والعمل على المضارب، فما حصل للمضارب يكون له خاصة؛ لأنه بدل منافعه، ولا يستحقه رب المال.

وكذلك إن كان البقر من قبله؛ لأنه آلةالعمل والعقد على المنفعة، ولو دفع أرضًا بغير بذر مزارعة، جاز، سواء قال له رب المال: اعمل برأيك أو لم يقل؛ لأنه مؤجر لأرضه، والإجارة داخلة تحت المضاربة.

١٨١٣٢- ولو استدان المضارب لم يجز على رب المال؛ لأن العقد انعقد على مال مقدّر، ومتى نفذت الاستدانة عليه، ازداد المحل على ما يتناوله العقد، وإنه لا يجوز، فإن رهن به من متاع المضاربة شيئًا يضمنه؛ لأن الدين لزمه خاصة، فإذا رهن به شيئًا من مال المضاربة دينًا، لزمه خاصة، فيصير ضامنًا له، ولو كان رب المال أذن له فى

(١) وفى الأصل: لرب المال.

الاستدانة، كان الدين عليهما نصفين.

ولو رهن به، وقيمته والدين سواء، فهلك، كان على المضارب نصف قيمته؛ لأن الإذن بالاستدانة عقد آخر، وهو شركة الوجوه، ولا يكون ذلك من مال المضاربة؛ لأنها لاتصحّ إلا فى مال عين، وهذا شركة وجوه مضمومة إلى المضاربة، فلا يتغيّر بها موجب المضاربة، وكان الربح الحاصل عن مال المضاربة على ما شرطا، فأما ما حصل بالاستدانة إن كان مطلقًا، اقتضى التساوى، سواء كان الربح فى المضاربة نصفين، أو أثلاثًا؛ لأنه لا تعلق لأحدهما بالآخر، ولا يتفاضلان فى الربح الحاصل بعقد الشركة إلا أن يتفاضلا فى الضمان على ما عرف فى كتاب الشركة.

وإذا ثبت هذا كان الدين عليهما من غير مضاربة، فلا يملك أن يرهن به مال المضاربة إلا بإذن رب المال، وإذا أذن له، فقد أعاره[1] نصف الرهن ليرهنه بدين عليه، فيكون مضمونًا عليه.

وليس للمضارب أن يرهن بعد نهى رب المال إياه عن العمل فى المضاربة، أو بعد موته؛ لأن ما يتضمنه المضاربة فى الوكالة تبطل بالموت إلا أن يتصرف تصرفًا يؤدى إلى أن ينض[2] رأس المال؛ لأن رب المال لا يملك عزله عن ذلك؛ لأن حقه قد تعلق به؛ لأن الربح لا يظهر إلا بعد أن ينض[3] رأس المال، والشراء والرهن لا يؤديان إلى أن ينض[4] بهما رأس المال، فلايملك الشراء والرهن بعد ذلك.

١٨١٣٣- وإن باع شيئًا من مال المضاربة، وأخر الثمن، جاز على رب المال، ولا يضمن المضارب شيئًا؛ لأن تأخر الثمن إن لم يكن تجارة، فإنه من صنع التجار، والمضارب يملك التجارة مرة بعد أخرى، فيملك ما كان من صنع التجار فيه، وهذا بلا خلاف، والمضارب يخالف الوكيل الخاصّ فى هذا؛ لأن الوكيل الخاصّ بعد ما باع مرة أخرى، فلا يملك ما كان من صنع التجار فيه أيضًا، فلم يصح التأخير عند أبى يوسف،

---

(١) هكذا فى "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل و "م": أجازه.

(٢) هكذا فى "ظ" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل: ينقض.

(٣) هكذا فى "ظ" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل: ينقض.

(٤) هكذا فى "ظ" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل: ينقض.

وعندهما: صحّ بشرط الضمان. ومعنى آخر فى الفرق أن المضارب يملك أن يقابل البيع، ويبيع بالنسبة ثانيًا، فلا يفيد إبطال تأخيره، والوكيل الخاصّ لا يملك ذلك، فيفيد إبطال تأخير عند أبى يوسف رحمه الله.

ولو لم يؤخر، ولكن حطّ بعض الثمن، فإن كان ذلك بعيب، طعن فيه المشترى، فإن كان حصة العيب من الثمن مثل ما حطّ، أو أكثر بحيث يتغابن فى مثله جاز، إلا أن هذا تجارة؛ لأنه بدل بعض الثمن بإزاء الجزء الفائت الذى استحق عليه، فسلمه بحكم البيع، وإن كان ما حطّ أكثر من حصة العيب، بحيث لا يتغابن الناس فيه يصحّ عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد، ويضمن ذلك من ماله لرب المال، وكان رأس المال من ذلك ما بقى على المشترى، وما حط المضارب لم يبقَ رأس المال؛ لأنه صار ضامنًا لرب المال على المضارب، والدين لايصلح رأس مال مضاربة، وعند أبى يوسف رحمه الله: لا يصحّ الحطّ، ويكون جميع الثمن على المشترى على حاله، ويكون جميع ذلك رأس مال المضاربة.

١٨١٣٤- وليس للمضارب أن يطأ جارية من جوارى المضاربة، سواء كان فيها فضل على رأس المال، أو لم يكن، وكذلك ليس له أن يقبلها أو يمسّها بشهوة، أما إذا كان فى الجارية فضل على رأس المال، فلأن هذه الجارية مشتركة بين رب المال والمضارب، ولا يحل لأحد الشريكين وطء الجارية المشتركة ودواعيه، وأما إذا لم يكن فيها فضل على رأس المال، فلأن جميعها ملك رب المال، لا شركة للمضارب فيها، وإنما له فيها حق، وإنه لا يحل الوطء والدواعى، ألا ترى أن المرتهن لا يحل له وطء المرهونة، ولا شيء من دواعيه، وإنما لا يحل؛ لما قلنا.

وإن أذن له رب المال فى وطءها، فكذلك لا يحل له وطءها؛ لأنه لا ملك للمضارب فى الجارية لا بملك يمين، ولا بملك نكاح، وبمجرد إذن المالك من غير ملك فى المحلّ لا يحل الوطء، ولا دواعيه، وأن يزوج المضارب جارية من المضاربة بتزويج رب المال إياه منه، فإن كان فى الجارية فضل على رأس المال لا يجوز النكاح، و إنه ظاهر؛ لأن للمضارب فيها شركة، والشركة وإن قلت، منعت جواز النكاح، وإن لم يكن فيها فضل على رأس المال، ذكر أن النكاح جائز، وخرجت الجارية عن المضاربة

حتى لو باعها المضارب بعد ذلك، لا يجوز بيعه.

وهذا الجواب لا يشكل على رواية المضاربة الصغير؛ لأن على روايتها ليس للمضارب في الجارية حقيقة ملك، ولا حق ملك على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله- فيجوز النكاح، لكن كما لو زوجها من أجنبيّ، وخرجت الجارية عن المضاربة على هذه الرواية ينقضي[1] جواز النكاح، ولأن العرف أن الزوجة تحصر عن الخروج والبروز، ولا تعرض على البيع، وإذا كان العرف هذا، فقد أجمع المضارب ورب المال على أن النكاح من المضارب يثبت فسخ المضاربة منهما بحكم العرف.

ونظير هذا ما قالوا: فيمن استولد أمته المأذونة، انحجرت استحسانًا بحكم العرف، إن أم الولد تحصر، وتمنع من الخروج، فيثبت الحجر قضية للعرف، كذا هذا.

أما على رواية المضاربة الكبيرة: فهذا الجواب مشكل؛ لأن على روايتها للمضارب في الجارية حق الملك على ما نبيّن بعد هذا -إن شاء الله- وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ومع هذا جوز هذا النكاح في ذلك أنهما قصدا صحة هذا النكاح، ولا صحة له إلا بعد إبطال مال المضارب من الحق فيها، ولا يبطل حق المضارب عنها إلا بعد انفساخ المضاربة فيها، فتضمن إقدامها على النكاح انفساخ المضاربة فيها مقتضى جواز النكاح سابقًا عليه بطريق جواز النكاح على هذه الرواية انفساخ المضاربة اقتضاء لا انفساخها بحكم العرف، ألا ترى أن رب المال لو زوج الجارية من المضارب، وقال وقت التزويج: على أن يبقى الجارية على المضاربة، لا تبقى الجارية على المضاربة، ولو كان انفساخ المضاربة للعرف بقيت على المضاربة، إذ لا عبرة للعرف متى جاء النص بخلافه، ألا ترى أنه لو استولد المأذونة على أن يبقى مأذونة كما كانت لا تحجر.

فإن قيل على قول هذه الرواية: يجب أن لا يجوز النكاح متى زوجها رب المال من المضارب على أن يبقى على المضاربة؛ لأنه فساد النكاح، قلنا: لا يثبت جواز النكاح إذا صرحا بما يوجب الفساد، كما لو قال لغيره: أعتق عبدك عني على أن لا أملكه.

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بما إذا تزوج رجل جارية نفسه لا يجوز، ولا يثبت عتقها مقتضى جواز النكاح، وكذلك إذا تزوج أمة من اكتساب مكاتبه، لا يجوز النكاح، ولا

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل: لا ينقض، وفي "ف" و "م": لا يقضي.

يثبت انفساخ الكتابة، وعتق الجارية مقتضى جواز نكاحها.

قلنا: ما يثبت مقتضى المنصوص عليه تصحيحًا له، فإنما يثبت إذا كان دون المنصوص عليه؛ لأن المقتضى تابع للمنصوص عليه؛ لأنه غير مذكور، وإنما يجعل مذكورًا تصحيحًا للمذكور، فيكون تابعًا للمذكور، وإنما يثبت إذا كان دون المذكور، فأما إذا كان فوقه فلا، وإن كان فيه تصحيح المذكور، ألا ترى أن البائع إذا آجر ما باعه من المشترى قبل القبض لا يجوز، ولا ينفسخ البيع، وإن كان من شرط جواز هذه الإجارة انفساخ البيع؛ لأن البيع فوق الإجارة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة، والبيع لتمليك الغبن والمنفعة جميعًا، فكان فرق المنصوص عليه، فلم يثبت مقتضى المنصوص عليه تصحيحًا له.

١٨١٣٥- إذا ثبت هذا، فنقول: إذا تزوج بجارية نفسه لو اختار العتق مقتضى النكاح تصحيحًا له، فقد أثبتنا ما هو فوق المنصوص عليه تصحيحًا للمنصوص عليه؛ لأن العتق أقوى من النكاح، فإن العتق لإيجاب الملك فى الرقبة والمنفعة للمعتق، والنكاح لإيجاب الملك فى المنفعة، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض والرفع والنكاح يحتملهما.

أما فى مسألة المضاربة: فلو ثبت انفساخ المضاربة وبطلان ما للمضارب فى الجارية من الحق مقتضى تصحيح النكاح، فقد أثبتنا ما هو دون المنصوص عليه؛ لأن المنصوص عليه، وهو النكاح يفيد حقيقة الملك فى بضعها، والذى للمضارب مجرد حق الملك والحق دون الحقيقة، وإذا تزوج بجارية مكاتبه، قلنا: إنما لا يثبت انفساخ الكتابة مقتضى الإقدام على النكاح؛ لأن انفساخ الكتابة فى هذه الجارية وحدها متعذر، كما لو نصّا عليه، فقالا: فسخنا الكتابة فى هذه الجارية إذا الشرع لم يرد بثبوت حكم الكتابة فى بعض الإكساب، وفى بعض التصرّفات دون البعض، ومتى فسخنا الكتابة فى الكل، فقد أثبتنا لصحة المنصوص عليه ما هو فوق المنصوص عليه؛ لأنه يبطل ما للمكاتب فى هذه الجارية، وفى غيرها من الإكساب، ويبطل ما ثبت له من حرية اليد ولأولاده، وهذا هو التخريج فيما إذا تزوج المكاتب بجارية من إكسابه، حيث لا يجوز، ولا تنفسخ الكتابة مقتضى الإقدام على النكاح تصحيحًا له.

أما فى مسألة المضاربة: فإنما تنفسخ المضاربة فى هذه الجارية، وفسخ المضاربة فى هذه الجارية دون غيرها جائز، ألا ترى أن ابتداءالمضاربة على ما عدا هذه الجارية جائزة، وإذا أثبتنا فسخ المضاربة فى هذه الجارية لا غيره، فقد أثبتنا لصحة المذكور، وهو دون النكاح[1]؛ لأن النكاح يفيد حقيقة الملك فى نصيبها، ولم يكن للمضارب فى بعضها حقيقة الملك، فهذا هو الفرق بين هذه المسائل.

قال: وتخرج الجارية عن المضاربة، ويحتسب فى ذلك على رب المال من رأس ماله؛ لأنه أخرج هذا القدر عن المضاربة، فصار فى معنى المستردّ لها، وليس له أن يشارك به؛ لأنه رب المال رضى بمشاركته، أمّا ما رضى بمشاركة غيره، فإن كان قال له: اعمل برأيك، فله أن يشارك به؛ لأنه عمّ له المتصرّف، فصار راضيًا بشركة غيره، وكذا ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، أو مال غيره، إلا أن يقول له رب المال: اعمل فيه برأيك.

١٨١٣٦- وفى "فتاوى أبى الليث": إذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم مضاربة، ولم يقل له: اعمل برأيك إلا أن معاملة التجار فى تلك البلاد أن المضاربين يخلطون، وأرباب الأموال لا ينهونهم عن ذلك، فعمل فى ذلك على معاملات الناس إن غلب التعارف بينهم فى مثله، هذا رجوت أن لا يضمن، ويكون الأمر فى ذلك محمولا على ما تعارفوه، وللمضارب أن يأذن لعبيد المضاربة فى التجارة فى المشهور من الرواية؛ لأنه من عادة التجار.

وعن محمد رحمه الله: أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد؛ لأن إذن التجارة مثل المضاربة، فلا يملك بمقتضاها، وله أن يبيع عبد المضاربة إذا لحقه دين، سواء كان المولى حاضرًا أو غائبًا؛ لأن ولاية التصرّف له، فلا يعتبر حضور ربّ المال، وله أن يسافر بالمال فى قول أبى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، هو الصحيح من مذهبهما.

وروى عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه ليس له أن يسافر به، وهو قول أبى يوسف، وروى عنه: أنه فرق بينما له حمل ومؤنة، وبينما لا حمل له، فجوز المسافرة بما لا حمل له ولا مؤنة.

---

(١) وفى "ظ": وهو والنكاح ما هو دون النكاح.

وروى عنه رواية أخرى: أنه إذا كان يرجع إلى منزله فى يومه ذلك، فله أن يسافر به، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر، ولا ما لا يعمل به التجار، ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه، ولا أن يحمل فى السفر المخوف الذى يتحاماه التجار؛ لأن مطلق الأمر ينصرف إلى المتعارف والمعتاد.

١٨١٣٧- ولو دفع إلى رجلين ما لا مضاربة، وقالا: اعملا فيه برأيكما، أو لم يقل: ذلك، فليس لأحدهما أن يبيع، أو يشترى بغير إذن صاحبه، فإن أذنه الشريك جاز.

١٨١٣٨- ولو اشترى المضارب بمال المضاربة خمرًا، أو خنزيرًا، أو ميتةً، أو دمًا، وهو يعلم أو لا يعلم، فهو ضامن للدراهم التى دفع، ولو اشترى بيعًا فاسدًا مما يملك، إذا قبض، فليس بمخالف، وما اشترى، فإنه على المضاربة؛ لأن الأمر بالتصرّف عامّ، فدخل فيه الصحيح والفاسد.

ولو اشترى عينًا بما لا يتغابن الناس فى مثله، فهو مخالف سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل، ولو باع بما لا يتغابن الناس فى مثله، فإنه جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز، وليس له أن يقرض؛ لأنه تبرّع، ولا يأخذ سفتجة؛ لأنه استدانة، ولا يعطى سفتجة إلا إذا نصّ على ذلك؛ لأنه إقراض.

ومما يتّصل بهذا الفصل: إذا اشترى المضارب برأس المال، ثم أنفق فى الكراء، أو فى الصبغ ونحوها من عنده.

١٨١٣٩- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها متاعًا، وحمله بمائة درهم من عنده أو قصره، هو متطوّع فيما صنع سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل، وإن صبغه أحمر، فهو شريك بما زاد الصبغ، ولا يضمن الثياب إن كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، وإن لم يقل: ضمن.

والأصل أن ما كان من عمل التجارة، وتوابعها يملك المضارب بمطلق المضاربة، ولا يشترط فيه أن يقول له رب المال: اعمل فيه برأيك، وذلك نحو الإبضاع والإيداع ونحوهما على ما بينا فى صدر الفصل، وما لا يكون من أعمال التجارة، ويلحق رب المال بذلك دين لا يملكه المضارب إلا بالتنصيص عليه من جهة رب المال، سواء قال:

اعمل برأيك أو لم يقل، وقد ذكرنا فصل الاستدانة فلا يفيده.

وإذا ثبت هذا، فنقول: إذا اكترى بمائة من عنده، أو قصر الثياب، فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال، فلم ينفذ على رب المال، إذا لم يأمره به صريحًا، ولا ضمان على المضارب فى قُصارته؛ لأن المضارب لا يكون أسوأ حالا من الغاصب، والغاصب إذا قصر الثوب المغصوب لا يضمن، والمعنى أن القصارة تزيين للثوب، وليس تنقيصًا فيه، فإن باع المضارب الثياب بعد ذلك مساومة، ولم يربح لجميع الثمن للمضاربة، ولا يكون للمضارب من ذلك شيء؛ لأنه ليس للمضارب فى الثوب عين مال قائم، حتى يكون بعض الثمن بإزاءه إنما المفضل بالثوب أثر عمله، والثمن فى باب البيع يلاقى العين[1] لا العمل، فيكون الثمن كله بدل الثياب، فلا يكون شيء منه للمضارب.

ألا ترى أن الغاصب إذا قصر الثوب، أو غسله كان لصاحب الثوب أن يأخذ من غير أن يعطى الغاصب شيئًا؛ لأنه لم يتّصل بالثوب عين مال قائم للغاصب، وإنما المتّصل به أثر العمل، وإنه لا يتقوّم من غير عقد، ولا شبهة عقد إلا أنه إن ربح يأخذ رب المال رأس ماله، وما بقى من الربح يكون بينهما على ما شرطا كما قبل القصارة باع المضارب الثياب وربح.

١٨١٤٠- وإن كان المضارب صبغ الثياب سودًا من ماله، فلا ضمان عليه، هكذا وقع فى بعض روايات "الجامع الصغير"، ووقع فى بعضها أنه لا ضمان عليه، إن لم ينقصها، ولم يزد فيها قبل، ولا بد من هذين الشرطين لنفى الضمان عن المضارب عندهم، وهو أن لا ينقصها، ولايزيد فيها؛ لأنه متى لم ينقصها، ولم يزد فيها، كان هو والقصارة سواء، فأما إذا نقصها كان ضامنًا؛ لأنه استهلك بعض مال المضاربة بغير إذن رب المال، فيضمن عندهم جميعًا.

وكذلك إذا زاد فيها يضمن إذا لم يكن قال له رب المال: اعمل فيه برأيك؛ لأنه خلط ماله بماله، فيضمن كما لو خلط رأس مال المضاربة بماله، وإنما يكون الجواب فيه كالجواب فى القصارة عندهم إذا لم يوجب السواد نقصانًا فى الثوب ولا

(١) وفى الأصل: بدل العين.

زيادة فيه.

وفى "القدورى": ولو صبغها سودًا من ماله، ونقضها فلا ضمان عليه، سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك ولم يقل، قال: لأن هذا مستفاد بالعقد، ألا ترى أنه لو كان فى يده فضل، فصبغ الثياب سودًا ونقضها لم يضمن، فكذا إذا صبغها بمال نفسه، وإن صبغها المضارب بعصفر، أو زعفران، أو صبغ آخر يزيد فى الثوب، فإن كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، فإنه لا يضمن، وإن لم يقل له: ذلك ضمن؛ لأنه خلط ماله بمال المضاربة؛ لأن الصبغ عين مال قائم يرى ويشاهد.

ألا ترى أن الغاصب لو صبغ الثوب أحمر وأصفر، فأراد رب الثوب أن يأخذه، ولايعطى الغاصب قيمة ما زاد الصبغ فيه، لم يكن له ذلك؛ لأن للغاصب عين مال قائم متصل بالثوب، فهذا معنى قولنا: خلط ماله بمال المضاربة، وهناك الجواب على التفصيل، وإن كان قال رب المال له فى المضاربة: اعمل فيه برأيك، فلا ضمان فيه، وإن لم يقل رب المال: ذلك، فهو ضامن، وإذا ضمن المضارب متى لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك، كان رب المال بالخيار؛ لأن المضارب صبغ ثيابه بغير إذنه، فكان هو بمنزلة الغاصب، والغاصب إذا صبغ المغصوب أحمر أو أصفر كان رب الثوب بالخيار، كذا ههنا، فإن شاء رب المال ضمن المضارب قيمة ثيابه بيضًا يوم صبغها، وإن شاء، أخذ الثياب، وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيها يوم الخصومة، لا يوم اتّصل بثوبه، كما فى الغاصب، وهذا إذا لم يكن فى مال المضاربة، فقيل: وأما إذا كان فيه فضل، فيقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه؛ لأنه بهذا القدر صبغ ملك نفسه، فإن لم يفعل[1] رب المال شيئًا من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه، وبرئ من الضمان، ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع؛ لأن مال المضاربة عروض، ونهى رب المال المضارب عن البيع لا يعمل متى كان مال المضاربة عروضًا.

١٨١٤١- ويجوز بيع المضارب، وإن صار ضامنًا مال المضاربة بالخلط؛ لأن كونه ضامنًا لا يمنع ابتداء الأمر بالبيع، فلا يمنع البقاء من طريق الأولى، وبيان ذلك أن المغصوب منه إذا قال للغاصب: بع المغصوب صحّ الأمر، وبقى الغاصب ضامنًا

---

(١) وفى الأصل: يقل.

للمغصوب ما لم يبعه، وإذا باعه برئ من الضمان؛ لأن البيع إذا كان بإذن المالك يصير الثمن مـــلكًا للمالك، فلا يجوز أن تبقى العين مضمونًا، فيستحق بدلين بإزاء مال واحد، وإذا[1] كان كونه مخالفًا وضامنًا لا يمتنع ابتداء الأمر، فلا يمتنع البقاء من طريق الأولى، فأما إذا باع، فقد باع، والأمر بالبيع على المضاربة، ويبرأ عن الضمان على ما بينا.

١٨١٤٢- وإذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك إن باعها مساومة، يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة، وعلى قيمتها مصبوغة، فتفاوت ما بينهما تكون قيمة الصبغ حتى إنه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة أيضًا، وقيمتها مصبوغة ألفًا ومائتين، وبيعت بألف ومائتين، فالألف للمضاربة، والمائتان للمضارب بدل صبغه، وإن باعها مرابحة، فإن هذا الثمن ينقسم على الثمن الذى اشترى المضارب الثياب، وعلى قيمة الصبغ الذى صبغ المضارب الثياب به، وهذا لما عرف أن الثمن فى بيع المساومة يلاقى الملك لا الثمن الأول، والثمن فى بيع المرابحة يلاقى الثمن الأول، فمتى باع المضارب الثياب مساومة، فقد باع مال المضاربة ومال نفسه، وانقسم الثمن على قدر قيمته ما كان المضاربة والمضارب، ومتى باعها مرابحة، انقسم أن الثمن على قدر ما قام على المضاربة، وعلى المضارب فى العقد الأول لا على قدر قيمة ملكهما، وقد قامت الثياب على المضاربة بالثمن، وقامت على المضارب بأجر الصباغ، فيقسم الثمن على ذلك حتى إذا كان ثمن الثياب ألفًا، وأجر الصباغ مائة، وقد باعها مرابحة بما قامت عليه، ويربح ده يازده على ذلك كله كان ألف وحصتها من الربح، وهى مائة درهم للمضاربة ومائة الدرهم التى هى حصة أجر الصباغ، وحصتها من الربح، وتلك عشرة للمضارب.

١٨١٤٣- وفى "المنتقى": رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاكترى سفينة بمائة درهم، والمال عنده على حاله، ثم اشترى بالألف كله طعامًا، وحمله فى السفينة، فهو متطوّع فى الكراء، ولو كان اشترى بتسعمائة منها طعامًا، وبقيت فى يده مائة، فأدّاها فى الكراء، لم يكن متطوّعًا، وباعه مرابحة على الكراء، وكذلك لو نقد

(١) وفى الأصل: وإنما.

المائة فى الكراء، ثم اشترى بالتسعمائة متاعًا، ولو كان نقد المائة فى الكراء، ثم اشترى بألف درهم متاعًا، وقد أمره رب المال أن يعمل برأيه، فإنه يبيعه مرابحة على ألف ومائة، مائة منها للمضارب، وألف على المضاربة.

الفصل التاسع
فيما يشرط على المضارب من الشروط

١٨١٤٤- قال محمد: فيمن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، وهما بالكوفة، ولم يشرط على المضارب أن يعمل بالكوفة، فله أن يسافر بالمال، وقد ذكرنا هذا، وإن شرط عليه أن يعمل بها فى الكوفة، فليس له أن يعمل بها فى غيره.

والأصل أن رب المال متى شرط على المضارب شرطا فى المضاربة، إن كان شرطًا لرب المال فيه فائدة، فإنه يصحّ الشرط، ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به، وإذا لم يَفِ به صار مخالفًا وعاملا بغير أمر، وإن كان شرطًا لا فائدة فيه لرب المال، فإنه لا يصحّ ويجعل كالمسكوت عنه؛ لما عرف أنه يراعى من الشروط ما يفيد، ولا يراعى ما لا يفيد إذا ثبت هذا، فنقول: إذا شرط على المضارب أن يعمل بها بالكوفة، فقد شرط عليه شرطًا لرب المال فيه فائدة، فيجب مراعاته، و يصير المضارب بتركه مخالفًا ضامنًا، وبيان الفائدة لرب المال فى هذا الشرط أن فيه صيانة ماله عن خطر الطريق، وفيه صيانة المال عما يتوهّم من الخيانة من جانب المضارب، فإنه متى كان يعمل بالكوفة، ورب المال بها، أمكن لرب المال الاطلاع على ماله، وما يصنعه المضارب، حتى إذا تم المضارب بخيانة فى المال، أمكنه منعه منه، ولأن الإسعار من حيث الغلاء والرخص يختلف باختلاف البلدين، وكان هذا الشرط مفيدًا من هذا الوجه.

ثم يحتاج إلى معرفة ما يصير شرطًا فى المضاربة من الألفاظ، وما يكون مشورة، لا شرطًا، فما يعتبر شرطًا ستة ألفاظ: أحدها: أن يقول: دفعت إليك الألف مضاربة بالنصف على أن تعمل بها بالكوفة، والثانى: أن يقول: ليعمل بها بالكوفة، الثالث: أن يقول: تعمل بها بالكوفة -بالجزم- الرابع: أن يقول: تعمل بها بالكوفة -بالرفع- الخامس: أن يقول: فاعمل بها بالكوفة، السادس: أن يقول: دفعت إليك الألف مضاربة بالنصف بالكوفة، وما يكون مشورة لا شرطًا فلفظان: أحدهما: أن يقول: دفعت إليك الألف مضاربة بالنصف اعمل بها بالكوفة، الثانى: أن يقول: واعمل بها

بالكوفة.

والأصل في معرفة الشرط من المشورة أن يقول رب المال: إذا ذكر عقيب لفظة المضاربة لفظًا لو اعتبر ابتداء لا يستقيم البداية به، ومتى اعتبر متعلّقًا بما تقدمه يستقيم، فإنه يعتبر متعلّقًا بما تقدم، ولا يعتبر ابتداء كي لا يلغو، وإذا ذكر كلامًا يستقيم الابتداء به لا يعتبر متعلّقًا بما قبله، ويصير كلامًا مبتدأ، قلنا: فالألفاظ الستة مما لا يصح الابتداء بها لا يستقيم الابتداء بقوله: على أن يعمل بالكوفة، وكذلك في أخواتها.

ألا ترى أن بعد ما دفع المال مضاربة لو سكت زمانًا، ثم قال: على أن يعمل بالكوفة، فإنه لا يصحّ، و لا يستقيم، فاعتبرت متعلقة بما قبلها، فصارت بمعنى الشرط، وقوله: واعمل بها بالكوفة -بالواو- اعمل بها بالكوفة -بغير واو- مما يستقيم الابتداء به.

ألا ترى أنه لو قال بعد ما عقد عقد المضاربة: اعمل بها بالكوفة على سبيل الابتداء يصحّ، وكذلك إذا قال: واعمل بها بالكوفة بعد ما عقدا عقد المضاربة على سبيل الابتداء، يصحّ لما عرف أن الواو مما يجوز الابتداء به، فاعتبر كلامًا مفيدًا غير متعلق بما قبله، فبقيت المضاربة مطلقة عن الشرط، فكان هذا من ربّ المال مشورة، أشار على المضارب كأنه قال: إن فعلت كذا، فهو أحسن وأنفع.

ثم في كل موضع لم يكن له أن يخرج بالمال من الكوفة، لم يكن له أن يدفع المال بضاعة إلى من يخرج به عن الكوفة، وإذا خرج بالمال من الكوفة في موضع، لم يكن له أن يخرج به، فلم يشتر به، ولم يبع حتى ردّه إلى الكوفة، برئ من الضمان، وعاد المال مضاربة على حاله، حتى لو اشترى بعد ذلك بالمال، و باع جاز ذلك على المضاربة؛ لأنه أمين خالف من حيث الفعل، ثم عاد إلى الوفاق، وإن اشترى به خارج الكوفة، وباع وربح، أو وضع، فالربح له، والوضيعة عليه؛ لأنه صار مخالفًا غاصبًا متصرّفًا بغير أمر المالك، فيكون الربح له، والوضيعة عليه.

قال في "الأصل" في هذه المسألة: ويتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فأما عند أبي يوسف رحمه الله: فيجب أن لا يتصدق، وأصله المودع إذا تصرّف في الوديعة وربح، وكان ينبغي أن لا يتصدق بالربح عندهم؛ لأن رأس مال

المضاربة الجائزة تكون دراهم، أو دنانير، فإنما يشترى المضارب بها عرضًا، فيكون بدل الدراهم العرض، وقد ضمن لرب المال دراهم أو دنانير، والربح لا يتحقق بين العرض والدراهم، فكان يجب أن لايتصدق بالفضل فى قولهم جميعًا، هذا كما قال محمد رحمه الله فيمن دفع عبده إلى آخر، وقال بعده: واعمل بثمنه مضاربة بالنصف، فباع العبد بالعرض، ثم ضمن لرب المال قيمة عبده ذكر أنه لا يتصدق بالفضل، ولم يحكِ خلافًا؛ لأنه ضمن قيمة العبد لرب المال، وبدل العبد لرب المال قبل أن يبيع المضارب العرض بالدراهم، ثم باعه بالدراهم، فلا يتصدق بالفضل لأنه قبل بيع العرض لم يظهر الربح؛ لأن الجنس كان مختلفًا، وحين باع العرض بالدراهم، وظهر الربح كان بائعًا عرضًا، هو ملكه من كل وجه، وإنه فى ضمانه، فحل له الربح.

وتأويل ما ذكر ههنا: أنه باع العرض الذى اشترى برأس مال المضاربة بدراهم، وظهر الربح، ثم ضمن بعد بيع العرض، فيتصدق بالفصل عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله؛ لأن بيع العرض بالدراهم حصل، والعرض ملك له من وجه دون وجه؛ لما عرف أن الملك فى المضمون يستند إلى وقت سبب الضمان من وجه، ولا يستند من وجه، فلا يطيب له الربح، فهذا تأويل ما ذكره محمد فى المسألتين جميعًا.

قال: وإن كان اشترى بنصف المال شيئًا خارج الكوفة، وبالنصف الآخر بعد ما رجع إلى الكوفة، فما اشتراه خارج الكوفة ضمنه، والمشترى للمضارب له ربحه، وعليه وضيعته، وما رجع به إلى الكوفة، يعود إلى المضاربة اعتبارًا للبعض بالكل.

١٨١٤٥- وفى "القدورى": إذا دفع إليه ألف درهم، وقال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف على أن يشترى بها الطعام، فهذا على الحنطة ودقيقها، واعتبر قوله على أن يشترى بها الطعام، حتى لو اشترى بها غيرهما يصير ضامنًا، وما ذكر أن هذا على الحنطة ودقيقها، فإنه على عرفهم، فإن لهم سوقًا يسمّونها سوق الطعام تباع فيها الحنطة ودقيقها.

قال: وكذلك إذا قال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف، فاشتراها الطعام، أو قال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف تشترى بها الطعام، أو قال: فى الطعام، فهذا كله تعسير وتتقيّد المضاربة بالطعام حتى لو اشترى بها غير الطعام يصير مخالفًا ضامنًا، قال:

وله أن يشترى بها الطعام فى المصر وغيره، وأن يبضع فى الطعام؛ لأن التخصيص إنما ثبت من وجه واحد، وهو المشترى، ففى غير ذلك من المكان وأشباهه يبقى على العموم.

١٨١٤٦- ولو قال: خذ هذه الألف واشتر بها الطعام، أو قال: اشتر بها الطعام، فله أن يشترى الطعام وغيره، وكان قوله: واشتر مشورة.

والحاصل: أن الجواب فى تخصيص المشترى نظير الجواب فى تخصيص المصر، فكل ما اعتبر شرطًا فى تخصيص المصر يعتبر شرطًا فى تخصيص المشترى، وكل ما اعتبر مشورة ثمة، يعتبر مشورة هنا.

١٨١٤٧- ولو شرط عليه أن يعمل فى سوق الكوفة، فعمل فى الكوفة، ولكن فى غير السوق جاز على المضاربة استحسانًا؛ لأن سوق الكوفة يذكر ويراد بها الكوفة كلها عرفًا، يقال: هذا الشيء يوجد فى سوق الكوفة، ويراد به جميع الكوفة، فصار قوله على أن يعمل بها بالكوفة فى سوقها، أو غير سوقها تتقيد على المضاربة، كذا ههنا، و لا يلزم ما إذا قال له: لا تعمل إلا فى سوق كوفة، فعمل فى الكوفة فى غير السوق، حيث لا ينفذ على المضاربة؛ لأنا إنما جعلنا ذكر سوق كوفة بمنزلة ذكر كوفة بالعرف، وقد نصّ بقوله لا تعمل إلا فى سوق كوفة، أنه لم يرد بسوق كوفة جميع الكوفة، ولا عبرة للعرف متى وجد الصريح بخلافه، وإذا دفع إليه ألف درهم مضاربة فى الرقيق، فليس أن يشترى بها غير الرقيق، وله أن يشترى الرقيق فى المصر الذى دفع المال إليه فيه وفى غيره، وله أن يبضع فى الرقيق أيضًا؛ لما ذكرنا فى فصل الطعام، وله أن يستأجر ببعض المال دوابّ لحمل الرقيق[1].

١٨١٤٨- وكذلك له أن يشترى ببعض المال طعامًا، أو كسوة للرقيق؛ لأنه لا بدّ للرقيق من طعام وكسوة، ومن دوابّ يحمل عليها، والأمر بالشيء أمر به، وإنما لا بدّ لذلك الشيء منه، ولأن ما أنفق على الرقيق يلحق بثمن الرقيق، فإنه يضمّ ما أنفق على الرقيق إلى ثمنه، ويباع مرابحة على ذلك كله، ثم له أن يصرف مال المضاربة فى ثمن الرقيق، فكذا فيما كان بمعنى ثمرة الرقيق.

---

(١) وفى الأصل: ويكترى دواب لحمل الرقيق.

١٨١٤٩- ومن دفع إلى غيره ما لا مضاربة على أن يشترى من فلان، ويبيع منه على أن ما رزق الله تعالى فى ذلك من شىء، فهو بينهما نصفان، فليس للمضارب أن يشترى من غير ذلك، ولا يبيع من غيره؛ لأن رب المال شرط عليه فى المضاربة شرطًا مفيدًا؛ لأن الربح كما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأموال، يختلف باختلاف تغير حال البائع.

إذا كان سهلا فى البيع والشراء، كانت التجارة منه أربح مما إذا كان مماكسًا منافسًا، فكان ما شرطه شرطًا مفيدًا من هذا الوجه، ولأن الناس يتفاوتون فى الإيفاء والاستيفاء والأمانة، وفى الملاء وفى الإفلاس، فكان تقييد من يبايع معه شرطًا مفيدًا، فيجب على المضارب مراعاة ذلك، كما فى الوكيل المفرد، إلا أنه فى الوكيل المفرد فرق بين البيع والشراء، فإنه إذا قال الوكيل المفرد: بع عبدى من فلان بألف درهم، فباعه من غيره لم يجز.

١٨١٥٠- ولو قال له: اشتر لى عبد فلان، فاشتراه ممن باعه فلان منه، كان جائزًا، وسوى بين البيع والشراء فى المضاربة، وإنما سوّى ههنا لأن المقصود من البيع والشراء فى المضاربة تحصيل الربح، وربما يكون الشراء والبيع من فلان أربح من البيع والشراء من غيره لسهولته فى المبايعة، وكان التعيين شرطًا مفيدًا فى البيع والشراء فى المضاربة، فيجب مراعاة، وأما فى الوكيل المفرد، فالتعيين فى حق البيع شرط مفيد؛ لأن المقصود منه تحصيل الثمن لا غير، والناس يتفاوتون فى الإيفاء أو الاستيفاء والملاءة والإفلاس، وكذلك ربما يكون بيعه من فلان عن فعل العبد، وكان التعيين فى حق البيع مفيدًا، فيجب مراعاة، فأما التعيين فى حق الشراء فلا يفيد؛ لأن المقصود منه تحصيل العبد لا غير، وتحصيل العبد من الذى عيّنه، ومن غيره بالثمن الذى سمّاه سواء، فالتعيين فى حق الشراء لا يفيد، فلا يجب مراعاته.

فإن باع، واشترى من غيره صار مخالفًا وعاملا بغير أمر، فيكون الربح له، قال: ويتصدّق بذلك أريد به على قول محمد، فأما على قول أبى يوسف رحمه الله: فلا يتصدّق كالمودع، إذا تصرّف فى الوديعة، ومن رفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها من أهل الكوفة، ويبيع، فاشترى بها بالكوفة من رجل ليس بكوفى كان

جائزًا، ولا يصير مخالفًا بخلاف ما لو أمره أن يشترى من فلان بعينه، فاشترى من غيره حيث يصير مخالفًا.

١٨١٥١- والفرق أن رب المال لما أمر المضارب بالمبايعة مع أهل الكوفة، فقد أمره بشيئين بالمبايعة مع الكوفى، وبالمبايعة فى كوفة، وتعيين كوفة للمبايعة شرط مفيد يجب مراعاته، فأما تعيين جميع أهل كوفة بالمبايعة معهم شرط لا يفيد؛ لأنه لا يتصوّر أن يكون الشراء مع جميع أهل كوفة أربح من الشراء من غيرهم؛ لأن الشراء مع إنسان إنما يكون أربح لسهولته فى مبايعته ومعاملته، وإنما يعرف سهولة الإنسان فى معاملاته بالاختبار، ولا يمكنه اختبار جميع أهل الكوفة وغيرهم فى معاملاتهم، حتى يعرف سهولتهم فى المبايعة، وصعوبة غيرهم، فكان تعيين أهل الكوفة لتحصيل الربح بالمبايعة معهم دون غيرهم شرطًا لا يفيد، فلا يعتبر، فأما تعيين رجل يشترى منه مفيد؛ لأنه يمكن لرب المال اختبار المسمّى فى معاملاته، فيقف رب المال على سهولته فى المبايعة، وكان تعيين الواحد فى الشراء شرطًا مفيدًا فى المضاربة، فيجب على المضارب مراعاته.

١٨١٥٢- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن يشترى بالنقد، ويبيع به، فليس له أن يشترى، ويبيع إلا بالنقد، وهذا الجواب فى البيع لا يشكل؛ لأن اشتراط النقد فى البيع شرط مفيد؛ لأنه قصد بهذا الشرط صيانة ماله عن خطر التوى؛ لأنه متى باع بالنقد يأخذ الثمن أولا، فيسلم المبيع، وإذا باع نسيئة يسلم المبيع أولا، ويتأخر قبض الثمن إلى وقت حلول الأجل، وربما يتوى الثمن فى ذمة المشترى بأن يفلس، وكان اشتراط النقد فى حق البيع شرطًا مفيدًا شرط فى المضاربة على المضارب، فيجب عليه مراعاته، فأما اشتراط النقد فى الشراء لايفيد؛ لأنه لامنفعة للأمر فى هذا الشرط، متى اشترى بالنسيئة بمثل ما اشترى بالنقد، بل له المنفعة فى الشراء بالنسيئة؛ لأنه يحصل له الشِرى، ولا يخرج الثمن عن ملكه، فيمكنه التقلّب والتصرّف فى الثمن المشترى جميعًا فيربح، فدلّ أنه لا منفعة للأمر فى هذا الشرط، فكان الشرط غير مفيد.

فمن مشايخنا من قال: إنما يصير مخالفًا إذا لم يشتر بالنسيئة بمثل ما يشترى بالنقد لما فيه من تقليل المشترى، فإن ما يباع بالنسيئة أقلّ مما يباع بالنقد، فأما إذا كان ما اشترى

بالنسيئة مثل ما اشترى بالنقد كان جائزًا، ومنهم من قال : لا يجوز فى المالين ، وظاهر ما أطلق محمد رحمه الله من الجواب يدلّ على أنه لا تفصيل .

ووجـه ذلك أنه إن لـم يكن فـيـمـا صنع ضـرر على رب المال من حـيـث تقليل المشترى ، ففيه ضرر عليه من وجه آخر ، فإن الناس لا يبايعونه متى علموا أن فى مال المضاربة دينًا ، فيقل الربح ، ومتى لم يكن فى المضاربة دين بايعه الناس ، فيكثر الربح ، ففى الإتيان بهذا الشرط نوع منفعة لرب المال ، وفى تركه نوع ضرر ، فيجب مراعاته .

١٨١٥٣- ومن دفع إلى غيـره ألف درهم مـضـاربة بالنصف ، وأمـره أن يبـيع بالنسيئة ، ولا يبيع بالنقد ، فباعه بالنقد ، فإنه يجوز .

١٨١٥٤- فرق بين هذا وبينهما إذا قال له : لا تبع إلا فى سوق كوفة ، فباعه فى غير سوق كوفة ، ذكر أن البيع لا يجوز ، فقد اعتبر النهى ثمة ، ولم يعتبره ههنا ، وإنما فعل كذلك ؛ لأن اشتراط سوق كوفة فى المضاربة شرط مفيد من وجه ؛ لأن الإسعار تختلف باختلاف أماكن المصر ، ولايفيد من وجه من حيث إن المصر مع تباين أطرافه ومحاله جعل كمكان واحد من حيث الحكم ، كما فى السلم ، فإنه إذا شرط الإيفاء فى المصر صحّ ، وإن لم يبين محلّه منها ، فبهذا الاعتبار لا يكون الشرط مفيدًا ؛ لأن ما ذكرتم من المعانى لا يختلف فى المكان الواحد ، فكان الشرط غير مفيد بهذا الاعتبار ، ولما كان هذا الشرط مفيدًا من وجه ، فمن حيث لفظ غير مقيّد لا نعتبره متى لم يقرنه بالنفى ، ومن حيث إنه مقيد تعتبره متى قرنه بالنفى عملا بالدليلين بقدر الإمكان ، فاشتراطه النسيئة فى البيع ، والنهى عن البيع بالنقد شرط لا يفيد أصلا ، إذا باع بالنقد بمقدار ما يباع بذلك نسيئة بأن كان نسيئة يباع بألف وخمسمائة ، وبالنقد يباع بألف ، وقد باع بالنقد بألف وخمسمائة ، والشرط إذا كان غير مفيد أصلا ، فإنه لا يعتبر ، قرنه بالنهى أو لم يقرنه .

١٨١٥٥- وفى "نوادر بشر بن الوليد" : عن أبى يوسف رحمه الله : إذا قال المضارب : لم يسمّ لى كورة ، وقال رب المال : سميت لك الكوفة دون ما سواها ، فإذا كان دفع المال إليه بالكوفة ، وهما من أهل الكوفة ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال : ليس له أن يسافر بالمال ، وإن كان الدفع فى مصر غير الكوفة ، فللمضارب أن يخرج به حيث

شاء من قبل أن رب المال قد أقرّ بالسفر إلى وجه من الوجوه، وكان القول قول المضارب، وإذا لم يقرّ، فهو كرجل دفع إلى آخر ألف درهم، يشترى له بها ثوبًا أو طعامًا، فليس له أن يسافر بها، وقال أبو يوسف رحمه الله: استحسن فى هذا شيئًا لا أحفظه عن أبى حنيفة رحمه الله أنه إذا كان يذهب ويرجع من يومه، فله ذلك.

الفصل العاشر
فى المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة

١٨١٥٦- الأصل فى جنس هذه المسائل: أن المضارب لا يدفع المال مضاربة إلا أن أذن له رب المال فى ذلك نصًا، أو دلالةً بأن يقول له: اعمل فيه برأيك؛ لأن بدفع المال مضاربة يشترك الثانى فى مال رب المال؛ لأنه يشركه فى الربح[1]، وإنه لرب المال لكونه متفرّعًا من ماله، فلا يملك ذلك إلا بتفويض من جهة رب المال.

١٨١٥٧- وفرق بين المضارب وبين الشريك شركة مفاوضة أو عنان، فإنهما يملكان دفع المال إلى غيرهما مضاربة مع أن الشريك يدفع المال المضاربة بشركة الثانى فى الربح، وهذا لأن دفع مال المضاربة داخل تحت الشركة؛ لأنه تجارة والمضاربة دون الشركة؛ لأن الشركة لإثبات الاشتراك فى الفرع والأصل جميعًا، والمضاربة لإثبات الشركة فى الفرع دون الأصل، فدخلت المضاربة تحت الشركة، كما دخل التوكيل، فكان الآذن صاحبه فجازت، فأما المضاربة الثانية: فهى مثل الأولى، فلا يدخل تحت الأولى كما لا تدخل الشركة لما كانت مثلها.

وإذا لم تدخل المضاربة الثانية تحت الأولى كانت الثانية بغير أمر ربّ المال، فلا يجوز، فإن اشترى به الثانى، وباع وربح ربحًا، أو وضع وضيعة، لم يكن رب المال أذن له بذلك فيه لا نصّا ولا دلالةً، فإن رب المال بالخيار إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن المضارب الثانى؛ لأن كل واحد منهما جانٍ فى حقه، أما الأول: فلأنه أثبت الشركة للثانى فى الربح إن ربح الثانى، وأثبت له حق المنع إن لم يربح، واشترى عرضًا، وليس للمضارب الأول إثبات ذلك للثانى بغير إذن رب المال، أما نصّا أو دلالةً، فصار ضامنًا، وأما الثانى: فلأنه أحدث تصرّفًا فى مال رب المال بغير إذن، هكذا ذكر فى "الأصل"، فقد أوجب الضمان إذا عمل الثانى بالمال ربح أو لم يربح.

١٨١٥٨- وفى "القدورى": روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا ضمان

(١) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى "م": يشترك، وفى الأصل: لأنه شركة فى الربح.

على الأول، حتى يعمل به الثانى، ويربح، فإن عمل ولم يربح، فلا ضمان، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا عمل الثانى ضمن، ربح أو لم يربح، وقال زفر: يضمن بالدفع إليه، عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبى يوسف.

وعن أبى يوسف رواية أخرى: أنه إذا عمل الثانى، ضمن الأول إن كان فيما اشترى ربح، وإن لم يكن فيما اشترى ربح، فلا ضمان على واحد منهما.

١٨١٥٩- والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثانى فى ظاهر رواية علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأنه إن وجب الضمان، أمّا أن يجب بمجرّد العقد، ولا وجه إليه؛ لأن مجرّد العقد قول، وإنه لا يؤثر فى المال، ولهذا لا يضمن الفضولىّ بمجرّد بيع مال الغير، ولا يجوز أن يجب الضمان على الأول بالتسليم لأجل التصرّف، وعلى الثانى بالقبض لأجل التصرّف؛ لأن لهما ذلك، ألا ترى أن للمضارب أن يدفع المال إلى غيره بضاعة، والدفع والقبض بضاعة، دفع وقبض لأجل التصرّف.

وإذا عمل الثانى بالمال إن عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثانى المال من رجل، واستهلكه، فالضمان على الثانى دون الأول، وإن عمل عملا دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئًا، فإن ربح، فعليهما الضمان، وإن لم يربح، فلا ضمان على واحد منهما.

فأبو حنيفة رحمه الله شرط للضمان تصرف الثانى مع الربح لا مجرّد التصرّف؛ لأنه متى يربح الثانى، فقد ثبت له الشركة فى الربح، وهو ملك رب المال، وإثبات الشركة فى مال الغير سبب الضمان، وأما قبل الربح فالموجود مجرّد التصرّف، وإنه ليس بسبب الضمان، ألا ترى أنه متى دفع المال بضاعة إلى الثانى لم يضمن شيئًا؛ لأنه لا شركة له فى الربح، وهما اكتفيا بمجرّد التصرّف.

وقالا: هب أن سبب الضمان الشركة فى الربح إلا أن بمجرد التصرّف ثبت للثانى الشركة فى الربح اعتبارًا وحكمًا؛ لأنه ثبت له حق بيع ما اشترى بمال المضاربة على وجه لايملك الأول الإبطال عليه، وبالبيع يظهر الربح عسى، فكانت الشركة ثابتة حكمًا من هذا الوجه، والشركة فى الربح سبب لوجوب الضمان.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى "شرحه": وجعل وجوب الضمان بمجرّد

العمل ظاهر رواية أصحابنا، وجعل اشتراط الربح مع العمل لوجوب الضمان لرواية أبي يوسف.

١٨١٦٠- ولو غصبه أحد من المضارب الثاني، فالضمان على الغاصب، ولا ضمان على المضارب، ثم إذا وجب الضمان كان للمالك الخيار إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعًا على نحو ما بيّنا عند علمائنا، وهذا الجواب ظاهر على قولهما لأنهما يقولان: بوجوب الضمان على المودع الثاني مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لايرى وجوب الضمان على المودع الثاني، وههنا أوجب الضمان على المضارب الثاني، وإنما كان كذلك؛ لأن المضارب يعمل لنفسه، والمودع لا يقبض لنفسه، قال: فإن ضمن الأول صحت المضاربة بينه وبين الثاني، والربح بينهما على ما شرطا؛ لأنه لو كان مكان المضاربة بيعًا أو هبةً من المضارب الأول، نفذ ذلك منه متى ضمن؛ لأنه مودع في رأس المال والمودع متى باع الوديعة، أو رهن، أو وهب، ثم ضمن، نفذ بيعه ورهنه وهبته على ما عرف، فلأن يصح المضاربة الثانية متى ضمن، وإنها أسرع ثبوتًا من الرهن والبيع على ما نبين بعد ذلك إن شاء الله تعالى أولى، ولا يرجع الأول على الثاني، وإن ضمن الثاني كان له أن يرجع على الأول؛ لأن الثاني كان عاملا للأول؛ لأنه عمل له بأمره، فلا يفيد له الرجوع، وإن ضمن الثاني رجع هو على الأول؛ لأنه عمل له بأمره، فإذا لحقه ضمان بسبب عمله للأول، كان قرار الضمان على الأول، وكان كالوديعة إذا كانت عبدًا، فأبق من يد المودع، ثم استحق وضمن المودع، فله أن يرجع على مودعه؛ لأنه ضمن بسبب القبض، وكان فيه عاملا لمودعه، فيكون عليه قرار الضمان، فكذا هذا.

وإذا رجع الثاني على الأول، صحت المضاربة فيما بينهما؛ لأن تضمين الثاني وقرار الضمان على الأول لا على الثاني كتضمين الأول، ولو ضمن الأول، صحت المضاربة بينه وبين الثاني، فكذا إذا ضمن الثاني، فرق بين هذا، وبينما إذا رهن من آخر عبدًا، فأبق العبد من يد المرتهن، ثم استحق العبد، فإن ضمن الراهن، صحّ الرهن، وسقط دين المرتهن؛ لأنه ملك العبد بالضمان[1] من وقت التناول، والرهن كان بعد

(١) وفي الأصل: بأداء الضمان.

ذلك، فيظهر أن العبد حين رهنه كان ملكًا له، فصح ا لرهن، وإن ضمن المرتهن، فإنه يرجع بما ضمن على الراهن، ولا يصحّ الرهن حتى قال: رجع على الراهن بما ضمن من قيمة العبد للمستحق وبالدين، وههنا جوز المضاربة فيما بين الأول والثانى متى اختار تضمين الثانى، والملك فى الموضعين جميعًا تأخر عن العقد؛ لأن الأول إنما يملك من جهة الثانى، ولهذا كان للثانى حق أن يحبس العين منه، كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه منه، والفرق بينهما أن الملك فى الموضعين جميعًا وإن تأخر عن العقد؛ لأنه فى الموضعين جميعًا الأول إنما يملك من جهة الثانى إلا أن تأخر الملك عن عقد المضاربة لا يمنع صحة المضاربة.

ألا ترى لو دفع إلى رجل دراهم مغصوبة ليعمل بها مضاربة، ثم إن الغاصب اشتراه من المغصوب منه صحّت المضاربة، وإن تأخّر الملك فى رأس المال عن المضاربة، وهذا لأن قيام الملك فى رأس المال لرب المال حالة عقد المضاربة[١]، ليس بشرط لصحة المضاربة؛ لأن دفع المال مضاربة ليس إلا توكيلا بالشراء، والشراء بدراهم مغصوبة جائز، فيكون التوكيل بالشراء بدراهم مغصوبة جائز أيضًا، وأما فى باب الرهن قيام الملك وقت الرهن شرط لصحة الرهن، فإنه لو رهن من آخر عبدًا مغصوبًا، ثم اشتراه الغاصب من مالكه، فإنه لا يصح الرهن؛ لأن الملك تأخر عن حالة عقد الرهن، وإنه يمنع جوازه؛ لأن الرهن فى معنى البيع لأن العبد بالرهن يصير مضمونًا على المرتهن بالعقد، كما لو اشترى، ومن باع شيئًا لا يملك، ثم ملكه بعد ذلك لا يصحّ بيعه، كذا هنا.

فإن قال رب المال: أنا أجيز تصرفكما، وأخذ من الربح ما كان مشروطًا لى فى المضاربة الأولى لا يقدر على ذلك؛ لأن الإجازة من رب المال لغو؛ لأنها لاقت عقدًا نافذًا؛ لأن شراء المضارب الثانى نفذ[٢] على المضارب الأول؛ لأنه صار مخالفًا[٣] بشراء الثانى، فيعتبر ما لو اشتراه الأول بنفسه على وجه، يصير مخالفًا لرب المال، حتى نفذ

---

(١) وفى الأصل: لرب عقد الضمان.

(٢) وفى "ظ" و"ف": نقد.

(٣) وفى "ظ" و"ف" و"م": مخالفة.

الشراء عليه، ثم أجاز رب المال، وهناك لا تعمل إجازته؛ لأنها لاقت عقداً نافذاً، كذا ههنا، وإذا لغت الإجارة صار وجودها وعدمها بمنزلة.

ولو عدمت الإجازة من رب المال لم يكن له حصة من الربح، وكان الربح بين المضارب الأول والثانى، فكذا ههنا.

١٨١٦١- ولو كان المضارب الثانى أبضع رجلا حتى يشترى ويبيع، فاشترى ذلك الرجل، و باع وربح ربحًا، أو وضع وضيعة، فلرب المال الخيار، إن شاء، ضمن المضارب الأول، وإن شاء، ضمن المضارب الثانى، وإن شاء، ضمن المستبضع، وأيهم ضمن، صحّت المضاربة فيما بين الأول والثانى إلا أنه إن ضمن الأول، فهو لا يرجع على أحد، وإن ضمن الثانى، فهو يرجع على الأول، وإن ضمن المستبضع، فإنه يرجع على الثانى، ثم هو على الأول.

١٨١٦٢- ثم المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة، ولم يكن رب المال قال للأول: اعمل فيه برأيك، فعمل به الثانى، وربح إنما يجب الضمان عليهما، إذا كانت المضاربتان جائزتين، فأما إذا كانتا فاسدتين، فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال فى يد الثانى، فلا ضمان؛ لأن الضمان على الأول بسبب اشتراك الثانى فى الربح.

وإذا كانتا فاسدتين فما أثبت الأول للثانى شركة فى الربح، بل استأجر الثانى ليعمل فى مال المضاربة، والمضارب إذا استأجر أجيرًا ليعمل فى مال المضاربة، فعمل الأجير فيه، فلا ضمان على واحد منهما، وكذلك إن كانت الأولى جائزة، والثانية فاسدة، فلا ضمان؛ لأن الثانية إذا كانت فاسدة لا يثبت للثانى شركة فى الربح، بل يكون أجيرًا ليعمل فى مال المضاربة.

وكذلك إن كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة؛ لأن الأولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة أيضًا؛ لأنها لا تفيد الشركة فى الربح؛ لأن الربح كله لرب المال، متى كانت الأولى فاسدة، فلا تفيد الثانية شركة فى الربح، وكل مضاربة لا تفيد الشركة فى الربح تكون فاسدة، وإذا كانت المضاربة الثانية فاسدة، لا تثبت للثانى شركة فى الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثانى شركة فى الربح.

فإن قيل: إذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الأولى لا يتأتى هذا القسم،

وهو ما إذا كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة.

قلنا: معنى جواز الثانية فى هذه الصورة أن يكون المشروط للثانى من الربح مقدار ما يجوز مع المضاربة فى الجملة، بأن كان المشروط للأوّل من الربح مائة أونصف الربح مع زيادة مائة، والمشروط للثانى نصف الربح، أو ثلثه، أو ربعه، ثم إذا كانت الأولى فاسدة، بأن شرط للأول مائة درهم من الربح، وشرط للثانى نصف الربح، فعمل المضارب الثانى، فللمضارب الأول على رب المال أجر مثل عمله؛ لأن عمل الثانى منقول إلى الأوّل، فكان الأول عمل بنفسه، وهناك للأول أجر مثل عمله على رب المال، كذا هنا، وللثانى مثل نصف الربح الذى ربح فى مال المضارب الأول؛ لأن الأول صار مستأجرًا للثانى بنصف ربح ما يخرج من هذا المال، والأول أجير أيضًا متى فسدت المضاربة الأولى، والأجير متى استأجر أجيرًا للعمل الذى استؤجر عليه يكون أجر الثانى على الأول خاصّة.

فإن قيل: إذا كان الثانى أجير يجب أن يكون له أجر مثل عمله لا مثل نصف ربح هذا المال، كما فى الإجارة المحضة؛ لأنها إجارة فاسدة، فإن من استأجر رجلا ليبيع له، ويشترى بهذا المال بنصف ربح هذا المال، فسدت الإجارة، ولو باع واشترى، كان له أجر مثل عمله، لا مثل نصف الربح الذى خرج من هذا المال.

قلنا: المضاربة الفاسدة إن كانت إجارة معنى، فهى مضاربة لفظًا، فمن حيث اللفظ صحّ تسمية نصف الربح، ومن حيث المعنى وجب ذلك فى مال المضارب الأول، فيكون عملا باللفظ والمعنى جميعًا.

١٨١٦٣- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، وقال له: اعمل فيه برأيك، فما ربحت من شىء، فبينى وبينك جميعًا نصفان، فدفع المضارب إلى آخر مضاربة يعنى بالنصف وربح الآخر، فللمضارب الثانى نصف الربح، والنصف الآخر بين رب المال والمضارب الأول نصفان.

ولو كان قال له رب المال: فما كان من فضل، فبينى وبينك نصفان، أو قال: فما كان من الربح، فبينى وبينك نصفان، فنصف الربح للمضارب الثانى، والنصف لرب المال، والفرق أن فى الفصل الأول رب المال شرط لنفسه نصف ربح ينسب إلى المضارب

الأول، حيث قال: فما ربحت من شيء، فهو بيننا، واشتراط المضارب الأول النصف المطلق للثانى لا ينافى شرط رب المال؛ لأنه قد بقى نصف منسوب إلى المضارب، فإن نصف الربح للمضارب الثانى والنصف الآخر بين الأول ورب المال نصفان من هذا الوجه.

أما فى الفصل الثانى شرط رب المال لنفسه النصف المطلق، ولا يسلم له النصف المطلق، إلا وأن ينصرف شرط المضارب الأول النصف للثانى إلى نصيبه خاصّة، فانصرف إليه، وصار النصف لرب المال، والنصف للثانى، وخرج الأول من البين.

فرع فى "القدورى" على الفصل الثانى: فقال: ولو شرط المضارب الأول للثانى ثلث الربح جاز، وكان لرب المال نصف الربح كما شرط، وللمضارب الثانى ثلث الربح، وللأول سدس الربح؛ لأن شرط الأول انصرف إلى نصيبه خاصة.

وإن شرط الأول للثانى ثلثى الربح، جازت التسمية، وكان نصف الربح لرب المال، والنصف للمضارب الثانى، ويغرم له الأول سدس الربح؛ لأن شرط الثلثين للثانى إن لم يصحّ فى حق رب المال، صحّ فى حق المضارب الأول، وقد التزم الأول للثانى ثلثى الربح، ولم يسلّم له ذلك، فيرجع عليه بقدر ما لم يسلم بحكم الضمان.

وفرع أيضًا على الفصل الأول، فقال: لو شرط الأول للثانى ثلث الربح، أو أقل من ذلك، أو شرط له ثلثى الربح، فهو جائز، ويكون للمضارب الثانى قدر ما شرط له الأول، وما بقى، فإنه بين الأول ورب المال نصفان؛ لأن فى الفصل الأول المشروط لرب المال نصف ربح منسوب إلى المضارب الأول، والمنسوب إلى الأول من الربح ما وراء المشروط للثانى.

١٨١٦٤- وفى "المنتقى": بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فدفعها المضارب إلى آخر مضاربة، وقال: ما رزقنى الله، فهو بينى وبينك نصفان، فنصف الربح لرب المال، والنصف الآخر للمضاربين لكل واحد منهما نصفه؛ لأن المضارب الأول شرط للثانى نصف ما رزقه الله تعالى، والذى رزق الله المضارب الأول نصف الربح، فيكون للمضارب الثانى نصف ذلك.

١٨١٦٥- ومن دفع إلى غيره ما لا مضاربة، وأمره أن يعمل فى ذلك برأيه، فدفعه المضارب إلى رجل مضاربة، وقال للثانى: اعمل فيه برأيك، كان للثانى أن يدفعه إلى الثالث مضاربة، وكان الثانى فى ذلك بمنزلة المضارب الأول، وهذا بخلاف الوكيل إذا قال له الوكيل: اعمل فيه برأيك، كان له أن يوكل غيره، ولكن لا يملك أن يقول للوكيل الثانى: اعمل فيه برأيك، حتى لم يكن للثانى أن يوكل الثالث بذلك، وإن قال له الوكيل الأول[1]: اعمل فيه برأيك، هكذا ذكر فى كتاب الشفعة.

ومن مشايخنا رحمهم الله من قال: ليس بين المسألتين فرق، بل فيهما جميعًا اختلاف الرواية ما ذكره فى الوكيل الخاص يكون رواية فى المضارب، وما ذكر فى المضارب يكون رواية فى الوكيل الخاص.

وجه الرواية التى قال فيها: إنه لا يكون للأول أن يقول للثانى: اعمل فيه برأيك أن المضارب والوكيل الخاصّ مأموران بالتصرّف من كل وجه، و ليسا بمالكين لا رقبة ولا منفعة، والأصل أن المأمور من كل وجه لا يملك أن يفوّض إلى غيره مثل ما ملك، ألا ترى أن المضارب لا يملك أن يدفع المال إلى غيره مضاربة إذا لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك؛ لأنه يفوض إلى غيره مثل ما ملك، و الشريك شركة عنان أو مفاوضة، كذلك لا يملكان أن يفوضا إلى غيرهما مثل ما ملكا، ولو فوّضوا دون ما ملكوا، جاز فى المسائل كلها، فلو قلنا: بأن الأول يملك أن يقول للثانى: اعمل فيه برأيك، لصار الأول مفوّضًا للثانى[2] ما ملك، وإنه لا يجوز.

وجه الرواية الأخرى أن المأمور يملك أن يفوّض إلى غيره مثل ما ملك بإذن الآمر، ألا ترى أن رب المال لو قال للأول: ادفع مضاربة، وقال للثانى: حتى يعمل فيه برأيه، يملك ذلك، ولما ملك المأمور أن يفوض إلى غيره مثل ما ملك بإذن حين وجد الآمر، ضمن الآمر ذلك لأمر بذلك نصًا، فكذا إذا وجد دلالة؛ لأنه أطلق للأول العمل فيه برأيه، فالأول بقوله للثانى: اعمل فيه برأيك، فوض إليه مثل ما ملك بإذن المالك دلالة، وإنه جائز كما لو أذن له بذلك نصًا.

---

(١) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها: الثانى.

(٢) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها: إلى الثانى.

ومن مشايخنا من قال : بين المسألتين فرق ، وليس له اختلاف الرواية ، وهو الظاهر ، والفرق بين المضارب والوكيل الخاصّ أن ربّ المال لما قال للمضارب : اعمل فيه برأيك ، فقد فوّض إليه الدفع إلى غيره مضاربة ، فصار الدفع إلى غيره مضاربة داخلا تحت المضاربة بسبب هذه الزيادة ، فيصير ما ملكه المضارب الأول بسبب هذه الزيادة بما كان يملكه بطريق المضاربة من غير ذكر هذه الزيادة ، وما يملكه المضارب بمطلق المضاربة من التوكيل بالبيع والشراء والاستئجار والإبضاع ، كما يملك مباشرة هذه التصرّفات بنفسه يملك تفويضها إلى غيره ، فإنه لو أمر غيره حتى يوكل ، أو يبضع جاز ، كما لو باشر بنفسه ، فكذلك ما ملك من دفع المال مضاربة إلى غيره بقوله : اعمل فيه برأيك يملك مباشرة ذلك بنفسه ، والتفويض إلى غيره ، وفي الوكيل الخاصّ بقوله : اعمل فيه برأيك ملك زيادة كان لا يملك بمطلق التوكيل من غير هذه الزيادة ، وما كان يملك التوكيل بمطلق التوكيل من البيع لا يملك مباشرة ذلك بنفسه ، و لايملك التفويض إلى غيره ، فكذا ما يملكه من توكيل غيره بقوله : اعمل فيه برأيك ملك مباشرة ذلك بنفسه ، ولا يملك تفويضه إلى غيره بقوله : اعمل فيه برأيك ، فقد اعتبرنا في المسلمين جميعًا ما يملك من الزيادة بقوله : اعمل فيه برأيك بما كان يملك بمطلق العقد من غير زيادة .

١٨١٦٦ - ولو كان الأول دفع إلى الثاني مضاربة ، ولم يقل له : اعمل فيه برأيك ، فليس للثاني أن يدفعه مضاربة لما ذكرنا أن المضارب لا يملك دفع المال إلى غيره مضاربة ما لم يأذن له الدافع بذلك ، إما نصّا أو دلالةً بأن يقول له : اعمل فيه برأيك .

الفصل الحادى عشر
فى المضاربة بالشىء يكون على غير ما أمر به أيجوز أم لا يجوز؟

١٨١٦٧- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل قال لرجل: خذ هذه الألف درهم مضاربة بالنصف، فأخذها المضارب، واشترى جارية للمضاربة بألف درهم جياد كما اقتضاه مطلق التسمية، ثم نظر إلى الدراهم، فإذا هى زيوف أو نبهرجة، فإن لم يعلما بالمشار إليه وقت الدفع والأخذ، أو علم أحدهما دون الآخر، أو علما، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، فالشراء جائز على المضاربة، وهذا لأن فى المضاربة أمرًا بالتصرّف وتوكيلا، وقد ذكر فى كتاب الوكالة: أن الوكالة فى هذه الوجوه الثلاثة تتعلق بالمسمّى، فكذلك المضاربة.

فإن قيل: إذا تعلقت المضاربة بالمسمّى، وقبض المسمّى لم يوجد، فلم يوجد قبض رأس المال، والشراء قبل قبض رأس المال لا يكون للمضاربة، فينبغى أن لا يقع الشراء ههنا للمضاربة.

قلنا: بلى! لم يوجد قبض المسمّى، لكن بقبض الزيوف يمكن أن يجعل قابضًا للمسمّى لكونه من جنس المسمّى، فيصير قابضًا رأس المال بقبض الزيوف من هذا الوجه، فحصل الشراء بعد قبض رأس المال، وكانت الجارية على المضاربة.

فبعد ذلك إن أعطى المضارب بائع الجارية تلك الدراهم، وتجوز بها البائع لا يرجع المضارب على رب المال بشىء، ويكون رأس المال الزيوف؛ لأنه رأس المال، والذى خرج عن ملكه الزيوف، وإن لم يتجوز بها البائع، وردّها على المضارب، فله أن يردّه على رب المال، أو يأخذ منه الجياد؛ لأنه اشتراها بالجياد بأمر رب المال، ويكون رأس مال المضاربة نظير الجياد؛ لأن الخارج عن ملك رب المال ههنا الجياد، وإن كان المضارب نظر إلى الدراهم قبل الشراء، وعلم أنها زيوف، واشتراها الجارية، نفذ الشراء على المضاربة، بخلاف الوكيل فى هذا الوجه، والفرق أن مقصود الموكل غير الجارية، وإنما رضى بجارية تساوى ألفًا جيدة، ولا يرضى بجارية تساوى ألفًا زيفًا.

أما مقصود رب المال الربح لا عين الجارية، والربح حاصل حصل الشراء بالجياد، أو بالزيوف، وإذا نفذ على المضاربة، كان رأس المال ألف درهم زيوف، كما ذكرنا.

١٨١٦٨- ولو كانت الدراهم التى قبضها المضارب ستوقة أو رصاصًا، فاشترى المضارب جارية بألف درهم جياد، فهى لرب المال، ولا يكون للمضاربة فى الوجوه الثلاثة التى ذكرناها؛ لأن المضاربة تعلقت بالمسمّى، ولم يوجد قبض المسمّى لا بنفسه، ولا بقبض الستوقة والرصاص؛ لأنهما ليسا من جنس المسمّى، ولا بد من تعيين رأس المال، وقبضه لصحة المضاربة، فإذا لم يوجد لم تصحّ المضاربة، ولكن إن لم تصح المضاربة، صحّ التوكيل بالشراء؛ لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة التوكيل بالشراء بحكم التوكيل لا بحكم المضاربة، فكان المشترى لرب المال، لا للمضاربة، وللمضارب أجر مثله؛ لأنه ابتغى عن منافعه عوضًا، ولم يحصل له العوض لما بطلت المضاربة، وكان له أجر المثل.

ولو لم يكن المال المدفوع ستوقًا ولا رصاصًا، ولا زيوفًا ولا نبهرجة، بل هى جياد، إلا أنها أنقص من المسمّى، بأن كانت خمسمائة، فاشترى المضارب جارية وألف درهم، فنصف الجارية للمضاربة، والنصف لرب المال فى الوجوه الثلاثة التى ذكرناها؛ لأن المضاربة تعلقت بالمسمّى فى هذه الوجوه، وإنما وجد قبض المسمّى بقدر النصف، فصحّت المضاربة، وفى النصف الآخر إن لم تصحّ المضاربة، صح التوكيل، فلهذا صح شراء النصف على المضاربة، والنصف على رب المال، فإذا باع المضارب الجارية بعد ذلك، وحصل الربح، فأحد النصفين لرب المال خاصّة؛ لأنه لا شركة للمضاربة فيه؛ لكونه وكيلا فى شراء ذلك النصف.

وأما النصف الآخر: فيستوفى منه رب المال فيما اشترى لرب المال؛ لأنه عملا عملا هو شريك فيه؛ لأنه شريك فى الربح بحصة المضاربة، ومن عمل فى شىء هو شريك فيه لايستحق الأجر؛ لأن عمله لا يقع مسلمًا إلى من عمل له من كل وجه، و الأجر لا يستحقّ إلا بعد التسليم[1] من كل وجه، ولو كان المضارب ورب المال يعلمان بكون الدراهم زيوفًا، أو ستوقة، أو ناقصة، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بذلك،

---

(١) وفى الأصل: إلا بعد تمام التسليم.

فالمضاربة تتعلق بالمشار إليه ، فإن كانت الدراهم زيوفًا أو نبهرجة ، فاشترى بها جارية ، فالشراء للمضاربة ، ولو اشترى بالجياد يصير مشتريًا لنفسه ؛ لأن باجتماع هذه العلوم كما يتعلق المضاربة بالمشار إليه تتعلق الوكالة بالمشار إليه على ما ذكرنا .

وفيما إذا كانت الدراهم ستوقة ، بطلت المضاربة حتى لو اشترى بها شيئًا كان لرب المال ؛ لأن الستوقة والرصاص لا يصلحان رأس المال ، وقبض رأس المال فى المجلس شرط لصحة المضاربة ، فإذا لم يوجد بطلت المضاربة ، ولكن لا تبطل الوكالة ، فيصير مشتريًا لرب المال ، فكان للعامل أجر مثله فيما عمل ؛ لما مرّ ، وفيما إذا كانت الدراهم ناقصة ، فالمضاربة على ما قبض من المال خاصّة ، والوكالة كذلك حتى لو اشترى جارية بألف ، والمقبوض خمسمائة ، فنصف الجارية على المضاربة ، والنصف للمضارب ؛ لما ذكرنا أن اجتماع العلوم الأربعة ، كما ينفى المضاربة عمّا زاد على المنقود تنتفى الوكالة ، فيصير بقدر الزيادة مشتريًا لنفسه لهذا .

الفصل الثانى عشر
فى نهى رب المال المضارب عن العمل وفى انعزاله

١٨١٦٩- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، ثم نهاه بعد ذلك أن يبيع ويشترى، عمل نهيه إذا كان رأس المال دراهم على حالها، حتى لو اشترى المضارب بعد ذلك شيئًا، صار مخالفًا، ومتى صار رأس المال عرضًا لا يعمل نهيه للحال، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًّا، حتى لو باع العرض بالدراهم، أو بعرض آخر، جاز بيعه إلا أنه إذا باعه بما ليس من جنس رأس المال لا يعمل النهى، ولو باعه بما هو من جنس رأس المال، يصير النهى عاملا.

والأصل فى جنس هذه المسائل: أن مال المضاربة متى كان من جنس رأس المال من كل وجه بأن كان رأس المال دنانير، ومال المضاربة مثلها عمل نهى رب المال إيّاه عن التصرّف، حتى لا يصح[1] من المضارب بعد ذلك على المضاربة ما هو شراء من كل وجه، بأن يشترى به عرضًا، ولا ما هو شراء من وجه بيع من وجه، بأن يشترى به دراهم أو دنانير، وإنما كان كذلك؛ لأن النهى عن التصرّف فسخ للمضاربة، ولرب المال ذلك، وإن لم يرضَ به المضارب، إذا لم يتضمّن الفسخ إبطال حق مستحقّ للمضارب؛ لأن معنى الشركة فيها راجح على الإجارة، ولكل واحد من الشريكين فسخ الشركة على صاحبه بغير رضا صاحبه، إذا كان مال الشركة ناضًّا؛ لأنه لا يتضمّن فسخ الشركة إبطال حق مستحقّ لصاحبه؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون فى مال الشركة ربح، أو لم يكن، فإن لم يكن فيه ربح، فلا حقّ له فى رأس مال صاحبه، وإن كان فيه ربح، أمكن للفاسخ أخذ رأس ماله من حيث التعيين، والإحاطة من غير تقويم، وقسمة الباقى من الربح بينهما من حيث التعيين، والإحاطة من غير تقويم.

وإذا لم يتضمّن الفسخ فى هذه الحالة إبطال حق مستحق، فللشريك حق الفسخ، وإن لم يرضَ به صاحبه، فكذلك فى المضاربة، وإذا انفسخت المضاربة من كل وجه،

---

(١) وفى الأصل: "فإنه لا يصحّ" مكان "حتى لا يصحّ".

عاد الأمر إلى ما كان قبل المضاربة، وقبل المضاربة كان لا يملك على رب المال ما هو شراء من كل وجه، فكذا بعد الفسخ، وإن كان مال المضاربة من خلاف جنس رأس المال من كل وجه، بأن كان مال المضاربة عرضًا، فنهاه رب المال، فإنه لا يعمل نهيه للحال، بل يقف إلى أن يصير ناضّا، حتى يجوز من المضارب بعد النهى ما هو بيع من كل وجه، وهو بيع العرض بالدراهم، وما هو بيع من وجه، شراء من وجه، وهو بيع العرض بالعرض؛ لأن النهى فسخ للمضاربة، وهو لا يملك فسخها على المضارب إن كان رأس المال عرضًا بغير رضا المضارب؛ لأن المضاربة إن كان فيها معنى الإجارة، ففيها معنى الشركة، والرجحان للشركة، وفى الشركة التى ليس فيها معنى الإجارة إذا فسخ أحد الشريكين الشركة بغير رضا صاحبه، ومال الشركة عروض لايعمل فسخه، فكذا فى المضاربة إذا كان معنى الشركة فيها راجحًا، وهذا لأن فسخ الشركة فى هذه الحالة يتضمّن إبطال حق فسخ على الشريك؛ لأنه إذا انفسخت الشركة، والشريك الفاسخ يأخذ رأس ماله باعتبار القيمة، وإنها مما يختلف فيه المقوّمون، فربما يدخل على الشريك الذى لم يفسخ ضرر فى ذلك، ولأن حق الشريك الذى لم يفسخ الشركة فى الربح، إنه عبارة عن الدراهم جنس رأس المال؛ لأن ربح المال إنما يتحقق فى الجنس الواحد، وإذا كان حقه فى الدراهم، والفاسخ يريد أن يعطى صاحبه الذى لم يرضَ بالفسخ مكان الدراهم عرضًا، فلا يقدر على ذلك بغير رضا صاحبه، وإن كانت الشركة وكالة؛ لأن فسخ الوكالة قد يمتنع إذا تضمّن إبطال حق مستحق على الغير كالعدل فى باب الرهن، إذا كان مسلّطًا على البيع، فعزله الراهن، فإنه لا يعمل عزله؛ لأن البيع صار حقّا للمرتهن، حتى يصل إلى حقه، فكذا فى المضاربة، وإذا لم يعمل الفسخ للحال، صار وجود هذا الفسخ، وعدمه بمنزلة، ولو عدم الفسخ أصلا كان يجوز للمضارب بيع العرض بدراهم، وبيع العرض بالعرض، فكذلك ههنا إلا أنه إذا باع بالدراهم ورأس مال المضاربة مثل ذلك جودة وضربًا، فإنه يعمل نهيه؛ لأن رب المال فسخ المضاربة، وهو من أهله إلا أنه امتنع فسخه لحق المضارب، فإذا صار العرض دراهم، فقد زال المانع من الفسخ، فيعمل الفسخ عمله، وكان كالراهن إذا عزل العدل، ثم قضى الدين عمل عزله لزوال حق المرتهن، فكذا هذا.

١٨١٧٠ - وإذا كان مال المضاربة من جنس رأس المال من وجه، ومن خلاف

جنس رأس المال من وجه، بأن كان رأس المال دنانير، ومال المضاربة دراهم، أو على العكس، فنهاه رب المال، فإنه يعمل نهيه عما هو شراء من كل وجه استحسانًا، ولا يعمل نهيه عما هو شراء من وجه، وإنما جعل مال المضاربة فى هذه الصورة من جنس رأس المال من وجه، ومن خلاف جنسه من وجه، فوفرنا على الأمرين حظهما، فقلنا: من حيث إن مال المضاربة من جنس رأس المال من وجه، فعمل نهيه عن الشراء من كل وجه، حتى لو اشترى به عرضًا لم يجر من حيث إنه خلاف جنس رأس المال من وجه، لم يعمل نهيه عما هو بيع من وجه، شراء من وجه، وهو الصرف بما هو جنس رأس مال المضاربة توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان.

وكل جواب عرفته فى الفصول كلها إذا عزل رب المال المضارب عن التصرّف، فهو الجواب إذا مات رب المال، ففى كل موضع انعزل بعزل رب المال، انعزل بموته، وفى كل موضع لا ينعزل بعزله، لا ينعزل بموته، فقد سوى بين العزل القصدى فى حق المضارب، وبين العزل الحكمى، ففى كل موضع لم يصحّ العزل القصدى لم يصحّ العزل الحكمى، وهذا بخلاف موت الموكل فى الوكيل الخاصّ، وإنه يوجب عزله، وإن كان الوكيل لا يعلم به، ولو عزله قصدًا، فما لم يعلم به لا ينعزل.

والفرق أن العزل القصدى فى المضاربة، إنما امتنع؛ لما فيه من إبطال حق مستحق للمضارب من الوجه الذى بيّنّا، وإبطال الحق المستحق كما لا يجوز قصدًا، لا يجوز حكمًا، فأما الوكيل الخاصّ: فليس فى انعزاله بالموت حكمًا إبطال حق مستحقّ للوكيل؛ لأنه ليس للوكيل حق مستحق، وإنما امتنع العزل القصدى؛ لما فيه من توهّم الضرر، بأن يتصرّف على حسبان أنه ينفذ على موكله، وامتنع العزل القصدى بضرر موهوم، قد يقع، وقد لا يقع، بأن لا يبيع ولا يشرى، والضرر الموهوم دون المتحقق، فقلنا: متى كان الضرر موهومًا لا محقّقًا يمتنع العزل القصدى، ولا يمتنع الحكمى، ومتى كان الضرر متحقّقًا امتنع العزل بالنوعين جميعًا لتظهر قربة الضرر المتحقق على الضرر الموهوم.

فإن كان مال المضاربة فلوسًا، فنهاه رب المال، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كان مال المضاربة دنانير ورأس مال المضاربة دراهم يعمل نهيه عن الشراء من كل وجه، حتى

لو اشترى بالفلوس عرضًا لم يجز على رب المال، ولا يعمل نهيه عما هو بيع من وجه، شراء من وجه، حتى لو باع الفلوس بالدراهم يجوز؛ لأن مال المضاربة مال من جنس رأس مال المضاربة من وجه، وبخلاف جنس رأس المال من وجه، فإنه لو أراد أن يأخذ رأس المال بأخذه باعتبار القيمة والتقريب ما ذكرنا.

الفصل الثالث عشر
فى المضارب يمتنع عن البيع وعن التقاضى حتى يجد ربحًا

١٨١٧١- وإذا باع المضارب مال المضاربة بالنسيئة، فإن كان فى المال ربح، أجبر المضارب على التقاضى، وإن لم يكن فى المال ربح، لا يجبر على التقاضى، وهذا لأنه إذا كان فى المال ربح، فقد سلم للمضارب بدل عمله، فيجبر على إتمام العمل، ومن إتمام العمل استيفاء ما وجب للمضارب من الديون على الناس، ولهذا أجبر على التقاضى.

فأما إذا لم يكن فى المال ربح، فلم يسلم للمضارب بدل عمله، فكان متبرّعًا فى تقاضى الديون، فلا يجبر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع والمستبضع بعد ما باعا لا يجبران على التقاضى، وطريقه ما قلنا، ولكن يجبر المضارب على أن يحيل رب المال على الغرماء حتى إذا طالب رب المال المشترى بالثمن لا يمنع عن إيفاء الثمن إليه، ألا ترى أن الوكيل بالبيع والمستبضع بعد ما باعاه إذا امتنعا عن التقاضى أجبرا على أن يحيلا صاحب المال على المشترى، وطريقه ما قلنا، ثم إذا كان فى مال المضاربة ربح، وأجبر المضارب على التقاضى، هل يكون نفقة حال التقاضى فى مال المضاربة؟ إن كان الدين فى مصر المضارب، فلا نفقة له فى مال المضاربة، وإن كان فى مصر آخر، فإن نفقة سفره، ونفقة ذلك المصر ما دام فى التقاضى فى مال المضاربة، وإن طال سفر المضارب فى ذلك ومقامه، حتى أتت النفقة على جميع الدين، وما فضل من نفقته فضل على الدين، حسبت له من نفقته مقدار الدين، وما زاد على ذلك يكون على المضارب؛ لأن الزيادة على ذلك، لو لزم رب المال يصير المضارب مستدينًا على رب المال، والمضارب لا يملك ذلك.

١٨١٧٢- وفى "القدورى": إذا انفسخت المضاربة، وعلى الناس ديون، فإن كان فى المال ربح أجبر المضارب على التقاضى، وإن لم يكن فيه ربح لم يجبر، ويقال للمضارب: أحل رب المال على الغرماء.

١٨١٧٣- وإذا باع المضارب شيئًا من مال المضاربة بالنسيئة في غير مصره، وأراد المضارب أن يكون هو المتقاضي حتى تكون نفقته في مال المضاربة، فقال رب المال: أنا أتقاضى حتى لايجب لك نفقة في مال المضاربة، فإن لم يكن في مال المضاربة ربح، فإن المضارب يجبر على أن يحيل رب المال ليكون رب المال هو المتقاضي دون المضارب، وإن كان التقاضي حقًا للمضارب من حيث إنه من حقوق العقد؛ لأنا راعينا حق المضارب أبطلنا على رب المال بعض ماله.

ولو راعينا حق رب المال أبطلنا على المضارب مجرد حقّه في التقاضي، فكان الترجيح لجانب رب المال، وإن كان في مال المضاربة ربح، فالمضارب هو المتقاضي؛ لأن التقاضي إنما يصير إلى رب المال إذا أمكن جبر المضارب على أن يحيل رب المال بما يوجب من الديون، وتعذر الجبر ههنا؛ لأنه إما أن يجبر ليحيل رب المال بجميع الدين، ولا وجه إليه؛ لأن بعض الدين ملك المضارب، والإنسان لا يجبر على أن يحيل غيره بملكه، ولا وجه إلى أن يحيله ببعض رأس المال، وحصة من الربح؛ لأنه يؤدّي إلى قسمة الدين قبل القبض، وإنه باطل.

١٨١٧٤- وإذا اشترى المضارب بالمال متاعًا، ثم قال: أنا أمسكه حتى أجد ربحًا كثيرًا، وأراد رب المال بيعه، فهذا على وجهين: إما أن يكون في مال المضاربة فضل، بأن كان رأس المال ألفًا، واشترى بها متاعًا يساوي ألفين، أو لم يكن في مال المضاربة فضل، بأن كان رأس المال ألفًا، واشترى بها متاعًا يساوي ألفًا، وفي الوجهين جميعًا لا يكون للمضارب حق إمساك المتاع من غير رضا رب المال إلا أن يعطى رب المال رأس المال إن لم يكن فيه فضل، أو رأس المال وحصة من الربح، إن كان فيه فضل، فحينئذٍ له حق إمساكه، وإذا لم يُعط رب المال ذلك، ولم يكن له حق إمساكه، هل يجبر على البيع؟ فإن كان في المال فضل يجبر المضارب على بيعه؛ لأنه سلم له بدل عمله، فيجبر على العمل إلا أن يقول رب المال: أعطيك رأس المال، وحصتك من الربح إن كان في المتاع فضل، أو يقول: أعطيك[1] رأس المال إن لم يكن في المتاع فضل، فإذا اختار ذلك حينئذٍ لا يجبر على البيع، ويجبر رب المال على قبول ذلك نظرًا من الجانبين، ومراعاة

---

(١) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل و"م": أعطيتك.

لكلا الطرفين .

وإن لم يكن فى المال فضل لا يجبر على البيع ، و يقال لرب المال : المتاع كله خالص ملكك ، فإما أن تأخذه برأس مالك ، أو تبيع حتى تصل إلى رأس مالك .

الفصل الرابع عشر
فى دفع المضارب مال المضاربة بضاعة إلى رب المال
وفى بيع أحدهما مال المضاربة من الآخر

١٨١٧٥- المضارب إذا دفع مال المضاربة إلى رب المال بضاعة بعضه، أو كله، فاشترى بها رب المال، أو باع، فهى مضاربة على حالها، ويصير رب المال معينًا للمضارب فى العمل؛ لأنه عمل بإذنه، وعمل المعين منقول إلى المستعين، كما لو استعان بأجنبى، وإذا انتقل عمله إلى المضارب، صار كأن المضارب عمل بنفسه، ويستوى فى هذا أن يكون مال المضاربة ناضًا، أو صار عرضًا، وإن كان رب المال أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره، وباع واشترى به إن كان رأس المال ناضًا، فهو نقض للمضاربة، وإن صار رأس المال عرضًا، لا يكون نقضًا لها، وهذا لأن رب المال لا يمكن أن يجعل معينًا للمضارب، ولم يوجد من المضارب استعانة، فيجعل عاملا لنفسه، ومن ضرورة كونه عاملا لنفسه انتقاض المضاربة غير أن هذا نقض ثبت مقتضى وقوع عمله رب المال، فلا يربو على النقض صريحًا، ولو نقض رب المال المضاربة صريحًا، ومال المضاربة ناضٌ، يعمل نقضه، ولو كان رأس المال عرضًا لا يعمل نقضه للحال، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًا، كذا ههنا.

١٨١٧٦- ثم إذا كان مال المضاربة عرضًا، وباع رب المال العرض بألفى درهم، ورأس المال كان ألف درهم، ثم اشترى بالألفين عرضًا آخر يساوى أربعة آلاف درهم، فالعرض المشترَى يكون لرب المال، وضمن للمضارب خمس مائة؛ لأن نقض المضاربة كان موقوفًا إلى أن يصير المال ناضًا، فإذا صار ناضًا انتقضت المضاربة، فقد اشترى العرض الآخر، والمضاربة منتقضة، فيصير مشتريًا لنفسه، ويضمن للمضارب خمسمائة من الألفين اللتين باع بها عرض المضاربة حصة المضارب، وقد قضى بها دينه، فيضمنها للمضارب، وإذا باع رب المال مال المضاربة من المضارب، أو باع المضارب ذلك من رب المال، فهو جائز، سواء كان فى المال فضل على رأس المال، أو لم يكن،

غير أنه متى باع رب المال من المضارب بطلت المضاربة، ومتى باع المضارب من رب المال لم تبطل المضاربة، ويكون رب المال بالخيار، إن شاء دفع الثمن إلى المضارب، وبقيت المضاربة، وإن شاء أمسك الثمن، ونقض المضاربة لأن رأس المال صار فى يد المضارب فى الانتهاء، فيعتبر بما لو كان فى يده فى الابتداء، وهناك هو بالخيار إن شاء دفع حتى يبقى المضاربة، وإن شاء أمسك، ونقض المضاربة، كذا ههنا.

الفصل الخامس عشر
فى نفقة المضارب

١٨١٧٧- قال محمد رحمه الله فى "الكتاب" فى المضارب يتصرّف بمال المضاربة فى مصره : فنفقته فى مال نفسه، وإن سافر بمال المضاربة، فالقياس أن تكون نفقته أيضًا فى مال نفسه، وفى الاستحسان : النفقة فى مال المضاربة، أما ما دام فى مصره فما ذكر من الجواب قول علمائنا.

وقال بعض العلماء نجد أنه فى مال المضاربة بعد أن يشترى ذلك بأفلس، والعشاء فى مال المضارب، وذهبوا فى ذلك إلى أن العرف فيما بين التجار أنهم ينفذون فى الحانوت، يشترون بأفلس شيئًا فى حانوتهم، ويأكلون فى حانوتهم، وإنما يتعشّون فى بيوتهم، وما كان من صنع التجار يدخل تحت المضاربة؛ لأن المضاربة إذن بالتجارة، فدخل تحتها ما كان من صنيع التجار، وإن لم يكن تجارة فى نفسه، ألا ترى أن البيع بغبن يسير، والإعادة وتأخير الثمن دخل تحت المضاربة، وإذا كانت هذه الأشياء تبرّعًا لما أنها من صنيع التجار، فكذا هذا، وعلماءنا ذهبوا فى ذلك إلى أن العرف فى هذا مشترك الدلالة؛ لأن بعض التجار كما ينفذون فى الحانوت، فالبعض يتغدّون فى بيوتهم لا يحضرون السوق، وكان هذا من صنع التجار من وجه دون وجه، فبأحد الاعتبارين، إن دخل تحت المضاربة، فبالاعتبار الآخر لا يدخل، فلايدخل بالشكّ بخلاف البيع بالغبن اليسير وتأخير الثمن؛ لأن جميع التجار يصنعون ذلك، وكان من صنيعهم من وكل وجه، فدخل تحت المضاربة.

فأما إذا سافر بمال المضاربة : فالقياس أن تكون نفقة المضارب فى مال نفسه، لا فى مال المضاربة، وهو أحد قولى الشافعى، وفى قوله الآخر : تجب نفقته فى مال المضاربة بالمعروف، وهو الاستحسان الذى أخذ به علماءنا.

وجه القياس ظاهر، وهو أن المضارب إما أن يعتبر أجيرًا، أو شريكًا؛ لأن فى المضاربة معنى الإجارة، ومعنى الشركة، أو مستبضعًا من حيث إنه شرط له بدل على

خطر الوجود، وهو الربح، وما كان على خطر الوجود، فكأنه غير المشروط من وجه، فكان بمنزلة المستبضع من هذا الوجه، وأيّا ما اعتبرنا كانت نفقته فى ماله، لا فى مال المضاربة.

وجه الاستحسان اثنان :

أحدهما : أن القياس كما قلتم، إلا أنا تركناه بالعرف، فإن العرف فيما بين التجار أن المضارب إنما ينفق على نفسه من مال المضاربة فى حالة السفر، لا من ماله، وينفق من ماله ما دام فى مصره ووطنه، والمعروف كالمشروط، فصار كان رب المال شرط فى المضاربة، بأن ينفق المضارب من مال المضاربة حالة السفر، ومن ماله فى حالة الحضر، ولو خرج فقد يربح، وقد لا يربح، فجعلت نفقته فى مال المضاربة، إذا سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه حتى إذا لم يربح لا يضيع عمله مجّانًا، وقد سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه حين سافر لأجل المضاربة، و لم يجعل نفقته فى مال المضاربة حال حضرته.

فإذا قيل : عقد المضاربة كان مقيمًا فى وطنه مانعًا من تسليم نفسه للعمل، وكونه فى وطنه يجوز أن يكون مانعًا من التسليم فى الجملة، هذا كالخياط إذا كان يخيط فى حانوته، فإن عمله لا يقع مسلمًا، وإن كان يخيط فى بيت رب الثوب وقع مسلمًا، وكذلك المرأة بعد ما زوجت نفسها ما دامت فى وطنها ومنزلها، فلا نفقة لها، وإن كانت تعمل فى بيتها بعض أعمال الزوج، ولو ذهبت إلى منزل زوجها، وسلمت نفسها استحقت النفقة بخلاف الأجير ؛ لأن المستأجر قد ينفق عليه، و إن سلم نفسه فى بيته، وقد لا ينفق والعرف فى استحقاق المضارب النفقة متى سلم نفسه لعمل المضاربة ثابت من كل وجه، والعرف الثابت من كل وجه، لا يعتبر واردًا فى الأجير دلالة ؛ لأن ما شرط للأجير من بدل عمله، وهو الأجر ليس على خطر الوجود، بل يستحق ذلك لا محالة متى عمل، وما شرط للمضارب من بدل عمله على خطر الوجود، فالعرف الثابت فى حقه متى سلم نفسه للعمل من كل وجه كى لايضيع عمله مجّانًا مع عمله، ولم يربح، لا يعتبر واردًا فى الأجير دلالة، فردّ الأجير إلى ما يتقضيه القياس بخلاف الشريك ؛ لأن العرف فيما بين الشركاء أنهم ينفقون من المال المشترك، لا من مال

أحدهما خاصّة، والعرف الثابت فى حق المضارب بإيجاب النفقة، متى سلم نفسه للعمل فى مال الغير من كل وجه لا يعتبر وارداً فى الشريك دلالة؛ لأنه عمل فى ماله، ولأن فيه عرفًا بخلافه، فردّ الشريك إلى ما يقتضيه القياس وبخلاف المستبضع؛ لأنه لا عرف فيه أنه ينفق من مال المستبضع، وإنما العرف أنه ينفق من مال نفسه، والعرف الثابت فى حق المضارب لا يكون وارداً فى المستبضع دلالة؛ لأنه رضى بذهاب عمله مجّانًا، ولم يبتغ لعمله عوضًا أصلا، فأما المضارب فقد ابتغى لعمله عوضًا هو على خطر الوجود، فرأى التجار له نفقة فى مال المضاربة متى سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه، بأن سافر بمال المضاربة حتى لا يهذب عمله مجانًا، حتى يربح وقد ابتغى لعمله عوضًا فرد، فردّ المستبضع إلى ما يقتضيه القياس، فهذا وجه الاستحسان.

١٨١٧٨- وإذا استحق المضارب النفقة فى مال المضاربة متى سافر بالعرف على ما بينا، فإنه يستحق الملبوس والمطعوم، وما يحتاج إليه فى غسل ثيابه، وفى أجرة الحلاق والحمام.

أما المطعوم والملبوس مما لا بد للإنسان منه فى عموم الأوقات، فكان من جملة النفقة، فيصير مشروطًا له فى مال المضاربة، وكان كالزوجة تستحق المطعوم والملبوس على الزوج، فأما ما يحتاج إليه فى غسل الثياب وأجرة الحلاق والحمام، فالمذكور فى "الأصل"[1]، فإنه يجب فى مال المضاربة، فكان ينبغى أن يجب فى مال المضارب؛ لأن هذا مما لا يحتاج إليه فى عامة الأوقات، وما لا يحتاج إليه فى عامة الأوقات، لا يكون من جملة النفقة كثمن الدواء وأجرة الحجّام والفصّاد إلا أن الجواب عنه، إنما أوجب هذا فى مال المضاربة، وإن كان مما لا يحتاج إليه فى عامة الأوقات؛ لأنه من صنيع التجار، فإنهم يحلقون وينظفون ثيابهم وبدنهم عن الوسخ، حتى يصير سببًا لزيادة رغبة الناس فى المبايعة، فإن الإنسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب، فإنه لا يبايع الناس معه مخافة أنه يتفلّس، فكان أجر الحلاق وغاسل الثياب، والحمام داخلا تحت النفقة؛ لأنه من صنيع التجار.

فأما ما أنفق على نفسه فى دواءه وحجامته ونحو ذلك مما يتداوى به، فإنه يكون

---

(١) وفى الأصل و "ف" و "م": فإنه الأصل.

في مال المضارب، ولا يكون في مال المضاربة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في "شرحه" ؛ لأنه مما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات، وإنما يحتاج إليه للمرض، وقد يمرض، وقد لا يمرض، فلايكون من جملة النفقة، وليس فيه تنظيف ظاهر البدن حتى يصير من صنيع التجار، فلايستحقه في مال المضاربة، وكان كالزوجة لا تستحق أجر الحجّام، وثمن الدواء على الزوج.

وكذلك المأمور بالحج، وكذلك نفقة الرهن على الراهن، وثمن الأدوية على المرتهن؛ لأنها ليست من جملة النفقة، فكذا هذا، وكان ثمن الدواء بمنزلة الصلح عن دم العمد، بأن قتل المضارب رجلا عمداً، فصالح وليّ القتيل بشيء من مال المضاربة لم يصحّ، وإن لم يكن له من ذلك بدّ لإحياء بدنه؛ لأنه مما لا يحتاج إليه في عموم الأوقات، فلم يكن من جملة النفقة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أن الدواء في مال المضاربة؛ لأنه لإصلاح بدنه، وتمكنه من العمل، فكان من جملة النفقة، ثم يستحق نفقة مثله بالمعروف؛ لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة بحكم العرف، والعرف نفقة المثل.

١٨١٧٩- وفي "القدوري" : إذا سافر المضارب بمال المضاربة، فنفقته فيما يكترى لركوبه، وما ينفق على نفسه من كسوة وطعام وماء يشتريه، وفراش ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها، وغسل ثيابه وشراء دابة ليركبها في مال المضاربة، والدين في مال المضارب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله : الرهن في مال المضاربة، وروى الحسن : أنه إذا احتجم، أو طلى، أو اختضب، أو أكل فاكهة مثل ما يصنع التجار، فذلك كله في مال المضاربة في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله.

وقال أبو الحسن الكرخي : وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله، والظاهر أنه كالحجامة؛ لأنه غير معتاد في حق الرجال، وروى عن أبي يوسف رحمه الله : أنه سئل عن اللحم، فقال : كما كان يأكل.

١٨١٨٠- وإذا اشترى جارية ليطأها، أو لتخدمه ، كان ذلك عليه في ماله خاصة، فاشتراها للوطء، فلأن الوطء مما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات، وللإنسان

منه بدّ، وإنه يحيى بدونه، وإنه غير محتاج إليه لتنظيف ظاهر البدن، وما لا بد للإنسان منه كثمن الدواء لم يكن من جملة النفقة لما كان لا يحتاج إليه فى عموم الأوقات، فما للإنسان منه بدّ، ويحيى بدونه؛ لأن لا يكون من جملة النفقة أولى.

ألا ترى أن القريب استحق النفقة على القريب شرعًا، ولم يستحق على القريب أن يزوجه امرأة، ويشترى له جارية يطأها، وكذلك ليس من صنيع التجار؛ لأنهم لا يشترون فى سفرهم الجوارى للوطء، وإذا لم يكن هذا من جملة النفقة، ولا من صنيع التجار لم يدخل تحت الإذن، فيصير مشتريًا هذه الجارية لخاصة نفسه، وكان بمنزلة ما لو اشترى جارية للوطء، ونوى لنفسه، وهناك يصير مشتريًا لنفسه، فكذا هذا.

وأما إذا اشتراها للخدمة، فلأن الخدمة وإن كان مما يحتاج إليه الإنسان فى عموم الأوقات، حتى قالوا: إن المرأة كما تستحق نفقتها على الزوج تستحق نفقة خادمها عليه إلا أن هذه الحاجة ترتفع للمضارب، بأن يستأجر من يخدمه، وإذا ارتفعت الحاجة بالاستئجار لم يكن له شراء جارية لخدمته، وإنه ليس من صنيع التجار، فإنهم فى حالة السفر لا يشترون الجارية للخدمة، وإنما يستأجرون من يخدمهم، وإذا كان للمضارب منه بدّ، وليس من صنيع التجار لم يدخل تحت المضاربة، وكان بمنزلة المضارب إذا أذن له رب المال فى شراء الطعام، فاشترى سفينة يحمل عليهما لم يجز؛ لأنه لم يؤمر بذلك، وللمأمور منه بدّ، وليس من صنيع التجار، فلم يدخل تحت الإذن، فكذا هذا.

فإذا استأجر أجيرًا يخدمه فى سفره، وفى مصره الذى أتاه ليخبز له ويطبخ ويغسل ثيابه، ويعمل ما لا بدّ له منه، كان ذلك من المضاربة[1]؛ لأن هذا مما لا بدّ للإنسان منه فى عامة الأوقات، فكان من جملة النفقة.

١٨١٨١- وكذلك لو كان معه غلمان له يعملون فى المال، كانت نفقتهم فى سفرهم وفى المصر الذى يأتونه من طعامهم وكسوتهم وغسل ثيابهم، ودهنهم وما لا بدّ لهم منه على المضاربة؛ لأن عمل عبيده، وإنه مملوك له من وجه بمنزلة عمل المضارب بنفسه، ألا ترى أن عمل غلام الأجير المشترك والأجير الخاصّ لما كان مملوكًا للأجير من كل وجه جعل كعمل الأجير، فكذا هذا، فكما أن المضارب استحق النفقة فى مال

---

(١) أى من مال المضاربة.

المضاربة حالة السفر، فكذا غلمانه ودوابّه.

قال القدورى فى "كتابه": وسبيل النفقة أن يحتسب من الربح إذا كان، وإن لم يكن، فهى من رأس المال.

١٨١٨٢ - قال فى "الأصل": إذا ربح المضارب فى المال ربحًا بدئ برأس المال، ثم بالنفقة، وهنا مسألتان: إما أن يكون أنفق المضارب من مال نفسه ليكون دينًا له على المضاربة، أو استدان على المضاربة لنفقته، ثم تصرّف بعد ذلك وربح ربحًا كثيرًا، أو أنفق على نفسه، أو استدان على المضاربة قبل أن يشترى به شيئًا، ثم اشترى بالباقى، وربح، فإن كان أنفق من مال نفسه، أو استدان على المضاربة، كان له أن يرجع بذلك، ثم فى مال المضاربة، ويبدأ أولا برأس المال، ثم يثنى بالنفقة، ثم يثلث بقسمة الربح.

أما البداية أولا برأس المال وإن كان فى المضاربة دين، وقضاء الدين مقدّم على أخذ رأس المال، وذلك لأن النفقة بدل عمل المضارب، وبدل عمله من الربح، فكما يبدأ برأس المال قبل الربح، فكذا يبدأ برأس المال قبل النفقة، ثم بعد أخذ رأس المال يبدأ بالنفقة، ثم بالربح؛ لأن النفقة دين وجب فى مال المضاربة، فيكون مقدمًا على الربح كسائر الديون، وكان يجب أن يكون مقدّمًا على رأس المال اعتبارًا بغيرها من الديون إلا أنا أخرناها عن رأس المال؛ لما ذكرنا أن النفقة بدل عمل المضارب، وبدل عمله من الربح، فكما وجب تقديم رأس المال على الربح، فكذا على النفقة.

١٨١٨٣ - وإن هلك مال المضاربة فى هذه الصورة لم يرجع المضارب على رب المال بشىء يعنى بما أنفق؛ لأن النفقة بدل عمل المضارب، وبدل عمله فى المال، وإن كان أنفق من مال المضاربة شيئًا على نفسه قبل أن يشترى بها بأن كان رأس مال المضاربة ألفًا، وقد أنفق على نفسه خمسمائة قبل الشراء، فإنه يستوفى رب المال رأس ماله ألف درهم، وكان يجب أن يستوفى خمسمائة؛ لأن خمسمائة من رأس المال أكلها المضارب بإذن رب المال، فيعتبر بما لو أكل رب المال بنفسه، ولو أكل رب المال خمسمائة بنفسه، كان رأس المال ما بقى، وذلك خمسمائة، فكذا هذا، إلا أن الجواب عنه أن النفقة بدل عمل المضارب، وبدل عمله من الربح إلا أنه كان له الإنفاق من رأس المال قبل ظهور الربح، فيصير ما أنفق من رأس المال دينًا للمضاربة متى ظهر الربح، فإذا ظهر الربح

وجب استيفاء ذلك من الربح أولا، فلهذا قالوا: بأنه يأخذ رأس مال ألف درهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله: إذا خرج المضارب من مصره إلى السواد لشراء الطعام، وذلك المكان مسيرته أقلّ من ثلاثة أيام، فأقام فى ذلك المكان يشترى ويبيع، فإن نفقته فى طريقه ومقامه فى ذلك المكان على المال؛ لأنه خرج من وطنه لعمل المضاربة، والمضارب متى خرج من وطنه لعمل المضاربة، فإنه يستوجب النفقة فى مال المضاربة كما لو كان بينه وبين المقصد مسيرة سفر، بخلاف ما لو كان فى مصر عظيم أهل المضارب فى أقصاه، والمكان الذى يبيع فيه ويشترى فى الجانب الآخر من المصر، فإنه لا يستحق النفقة، وإن خرج من منزله لعمل المضاربة؛ لأنه لم يخرج من مصره، والمضارب لا نفقة له فى مال المضاربة ما دام فى مصره بعرف التجار، بخلاف ما لو خرج إلى السواد؛ لأنه خرج من مصره، وهذا إذا أقام ثمه، وإن كان يغدو، ثم يروح، ويمسى فى منزله، فليس بخارج عن المصر، بل هو بمنزلة أهل المصر؛ لأن أهل المصر يتّجرون فى السوق بالنهار، ويبيتون فى منازلهم، فلا يكون نفقته فى مال المضاربة.

١٨١٨٤- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" أيضًا: وإذا كان للمضارب أهل بالكوفة، وأهل بالبصرة، ووطنه فيهما جميعًا، والمضارب مع رب المال بالكوفة، فخرج من الكوفة يريد البصرة، فإن نفقته فى الطريق فى مال المضاربة، فإذا بلغ البصرة، فإن نفقته فى ماله، أما نفقته فى الطريق فى مال المضاربة، فلأنه خرج من مصره لعمل المضاربة، فكانت نفقته فى مال المضاربة بالعرف، ونفقته بالبصرة فى مال المضارب؛ لأنه لما أتى البصرة، فقد حصل فى مصره ووطنه[1]، ألا ترى أنه لو كان مقيمًا بالكوفة لم يكن له نفقة؛ لأنه فى مصره، فكذا إذا انتهى إلى البصرة، والبصرة مصره ووطنه، وإذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم مضاربة، وهما بالكوفة، وليست الكوفة بوطن للمضارب، فنفقة المضارب مادام بالكوفة على نفسه؛ لأن المضارب إنما يستحق النفقة بالعرف متى يسلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه، وذلك بأن يخرج من وطنه الذى يقيم فيه قبل ذلك، ولم يوجد الخروج من وطنه الذى كان يقيم فيه قبل ذلك، فلا

(١) وفى "ظ": ووطنه.

يستحقّ النفقة، كما لو كانت الكوفة وطنًا له، فإن سافر بمال المضاربة، ثم عاد إلى الكوفة فى تجارته كانت نفقته فى مال المضاربة ما دام بالكوفة، وكانت الكوفة وغيرها من البلدان سواء فى حقه؛ لأنه خرج من وطنه الذى كان فيه، ولم ينتهِ إلى وطنه بوصوله إلى الكوفة، والكوفة كانت وطنًا له سكنى، ووطن السكنى ينتقض بضدّه وهو الخروج، فإذا خرج من الكوفة، خرجت هى من أن تكون وطنًا له، وكانت الكوفة بعد هذا فى حقه وغيرها من البلدان سواء.

١٨١٨٥- وإذا سافر المضارب بالمال، وقد أعانه عليه رب المال بغلمانه يعملون معه فى المضاربة، وأعانه بدوابّه لحمل المتاع الذى شرى للمضاربة، فإن المضاربة لا تفسد؛ لأن المضارب لو استعار برب المال، فإن المضاربة لا تفسد، فإذا استعان بعبده أولى، وتكون نفقة الغلمان والدوابّ على رب المال؛ لأن عمل عبيده ودوابّه كعمله، ولو عمل نفسه على سبيل الإعانة للمضارب لم تكن نفقته فى مال المضاربة؛ لأنه معين للمضارب، فإنه ليس على رب المال عمل، والعمل على المضارب.

وقد ذكرنا أن نفقة المعين فى ماله، لا على المستعين بخلاف ما لو عمل غلمان المضارب، فإن نفقتهم فى مال المضاربة؛ لأن عمل عبيده، وإنه مملوك المضاربة من كل وجه كعمل المضارب، وهو يستحق النفقة بعمله للمضاربة خارج المصر، فكذا غلمانه، فإن أنفق المضارب من مال المضاربة على عبيد رب المال ودوابّه، فالمضارب ضامن؛ لما أنفق.

وكان يجب أن لا يضمن ما أنفق على عبيد رب المال؛ لأن ما أنفقه عليهم بمنزلة ردّ المال عليهم، ألا ترى أن الغاصب إذا أنفق المغصوب على عبد المالك، فإنه يبرأ عن الضمان كما لو ردّه على المغصوب منه، فيجب أن يكون ههنا كذلك، ولو ردّ شيئًا من مال المضاربة على عبد رب ا لمال لم يضمن، فكان يجب أن لا يضمن ما أنفقه عليهم.

والجواب عنه أن يقال: القياس فيما إذا ردّ مال المضاربة على يد من كان فى عيال رب المال يضمن كما كان القياس أن يضمن المودع متى دفع الوديعة إلى من هو فى عياله إلا أنا لم نوجب الضمان استحسانًا للضرورة؛ لأنه قد لا يتهيأ له الردّ على صاحب الأمانة، وكان له الردّ على من هو فى عياله كما كان للمودع أن يدفع الوديعة إلى من هو

فى عياله ضرورة أنه قد لا يمكنه الحفظ بنفسه آناء الليل والنهار، وهذه الضرورة فى حق الرد عليهم.

فأما فى الإنفاق عليهم إتلاف المال من غير ضرورة فيرد إلى ما يقتضيه القياس.

ونظير هذا ما قالوا: إن المودع له أن يودع الوديعة لمن هو فى عياله والوكيل بالبيع ليس له أن يوكل بالبيع من هو فى عياله؛ لأن فى التحفظ ضرورة فى الدفع إلى من هو فى عياله؛ لأن الحفظ يدوم، والبيع إنما يكون فى ساعة واحدة، فاستغنى فى البيع عن الاستعانة بمن هو فى عياله، فأخذ فى حق البيع بالقياس، فكذلك هذا، وكان كالمودع إذا أراد الوديعة على من هو فى عيال رب المال لا يضمن، وإن أنفق عليهم بغير إذن رب الوديعة ضمن، فكذا هذا.

وإذا صار ضامنًا، فإن ربح فى المال ربحًا بدئ برأس المال بأخذ رب المال رأس المال كله، وما بقى من الربح، يقسم بينهم على ما اشترطوا، فما أصاب المضارب من الربح، فإنه يحسب نصيبه من الربح بما عليه، فإن كان نصيبه من الربح مثل ما عليه من الضمان لا يؤخذ منه شيء، ولا يأخذ شيئًا، وإن كان نصيبه من الربح أقل مما ضمن ردّ الزيادة، وإن كان نصيبه من الربح أكثر أخذ الزيادة إلى تمام نصيبه من الربح.

وإن كان رب المال أمره بالنفقة على رقيقه ودوابّه حسب ذلك من مال رب المال؛ لأن إنفاقه على عبيد رب المال دوابّه بأمره كإنفاق رب المال بنفسه على عبيده ودوابّه من مال المضاربة.

ولو أنفق رب المال بنفسه على عبيده ودوابّه من مال المضاربة، فإنه يصير مستردًّا لذلك القدر من رأس المال، لا من الربح؛ لأن رب المال إنما يستوفى الربح بعد استيفاءه رأس المال، فأول ما يصل إلى رب المال من مال المضاربة يجعل واصلا إليه من رأس المال، لا من الربح، وإذا اعتبر واصلا من رأس المال يحسب ما أنفق عليهم من رأس المال، ثم يأخذ الباقى إلى تمام رأس المال، فإن بقى شيء كان ربحًا، فيقسم بينهم على ما شرطوا.

١٨١٨٦- وإذا خرج المضارب بالمال إلى مصر من الأمصار يشترى به متاعًا أو شيئًا من أصناف التجارة، فانتهى إلى ذلك المصر، فلم يشتر شيئًا حتى رجع بالمال إلى

مصره، وقد أنفق من المال، فإن تلك النفقة تكون في المال؛ لأن المضارب متى خرج من وطنه لعمل المضاربة، كانت نفقته في مال المضاربة، وإن وضع حتى ذهب المال كله، فلأن تكون نفقته في مال المضاربة، وقد ردّ بعض رأس المال أولى، وهذا لأن استحقاق المضارب النفقة عرفًا متعلق بتسليم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه لا بحقيقة التصرّف، وهو البيع والشراء؛ لأن تسليم نفسه للعمل من كل وجه في وسعه، وليس في وسعه البيع والشراء؛ لأنه لا يتمّ به وحده، وإنما يتمّ بغيره، وربما لا يساعده الغير على البيع والشراء، وهذا كما تعلق تأكد حق المرأة في المهر بما في وسعها، وهو تسليم نفسها للوطء لا بحقيقة الوطء الذي ليس ذلك في وسعها، فكذا هذا.

قال القدوري: وسبيل النفقة إنما يحتسب من الربح إن كان، وإن لم يكن، فهي من رأس المال؛ لأن النفقة جزء هالك، والأصل في الهالك أن ينصرف إلى الربح، ولأنا[1] متى جعلناها من رأس المال خاصّةً، أو في نقص رب المال من الربح ازداد نصيب المضارب من الربح على نصيب رب المال.

١٨١٨٧- ولو نوى المضارب الإقامة في مصر خمسة عشر يومًا، فله النفقة في مال المضاربة، ولاتبطل نفقته إلا بإقامته في مصره، أو في مصر يتخذه دارًا؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرّف، فهو يحتبس بمال المضاربة.

وأما إذا كان ذلك موطنًا له، فإنه متوطّن بوطنه الأصلي، وكذلك إذا برئ المتوطن في بلد آخر، فلا يستوجب النفقة.

وما أطلق للمضارب من النفقة، فذلك على ما هو المتعارف بين التجارة، فإن تجاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة، وقد مرّ هذا، وسواء سافر برأس المال، أو بمتاع المضاربة؛ لأن السفر لأجل المال.

١٨١٨٨- قال: ولو سافر المضارب بماله ومال المضاربة، أو بمالين لرجلين، فنفقته في المالين بالحصص؛ لأن السفر وجد لأجلهما، وإن كان أحدهما بضاعة، فنفقته في مال المضاربة؛ لأنه متبرّع بالعمل في البضاعة، فلا يعتبر السفر في أفعاله إلا أن يتفرّغ للعمل في البضاعة، فينفق في مال نفسه دون البضاعة؛ لأنه ترك العمل في مال

(١) وفي الأصل و"ف" و"م": أولا.

المضاربة، وليس على رب البضاعة شيء إلا أن يكون إذن له؛ لأنه متبرّع.

١٨١٨٩- وإذا رجع المسافر إلى مصره، ردّ ما فضل عنده من ثياب الكسوة والطعام إلى المضاربة؛ لأن السفر قد انقطع، فانقطعت نفقته.

١٨١٩٠- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها جارية تساوى ألفى درهم، واحتاجت الجارية إلى النفقة، فإن نفقتها تكون على رب المال، ولا تجعل على المضارب نفقة حصته.

وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أن النفقة على رب المال، والمضارب على قدر ملكيهما؛ لأنها مؤنة الملك، فيتقدّر بقدر الملك، وصار كالثمن والفداء، وفى ظاهر الرواية فرق بين النفقة والثمن والفداء.

١٨١٩١- والفرق أن مؤنة الملك تبتنى على ملك متقرّر، وملك المضارب فى الربح غير متقرر، وإنما يتقرّر بالقِسمة[1]، ألا ترى أن قيمة الجارية إذا صارت ألفًا كانت ملكًا له لرب المال خاصّةً، ولم يكن للمضارب فيها شيء، فثبت أنه ليس له ذلك، بخلاف الفداء والثمن؛ لأن بالفداء تخرج الجارية من المضاربة، وتصير كالقسمة، فيتقرر ملكه، وكذا بضمان الثمن يخرج نصيبه أيضًا عن المضاربة، فتصير كالقسمة، فيتقرّر ملكه، فوجد شرط وجوب الثمن والفداء.

أما بالنفقة فلا تخرج الجارية عن المضاربة، حال قيام المضاربة لا يظهر الملك فى الربح بصفة التقرّر قبل القسمة، فيؤدى إلى إيجاب نفقة ملك الغير، وإنه محال، أما ملك رب المال فى الجارية متقرّر فى الأصل، والربح تبع الأصل، فيستقيم إيجاب النفقة عليه؛ لأنه إيجاب على المال على كل حال، فلا يؤدى إلى المحال، ولأنا إذا جعلنا نفقة الربع على المضارب، صار غرمًا محضًا؛ لأن النفقة لا تقابل ملكه حتى يصير بذلك مستخلصًا له، فيجعل له عوض من وجه، وهذا لأن النفقة ليست ببدل عن الرقبة، إنما هى للتمكّن من الانتفاع، وهذا تجب نفقة العبد الموصى بخدمته على الموصى له بالخدمة، لا على مالك الرقبة.

وكذلك نفقة المستعار على المستعير بخلاف الفداء والثمن؛ لأن كل واحد منهما

(١) هكذا فى "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل و "م": بالقيمة.

مقابل بملكه؛ لأنه بدل عن الرقبة، ألا ترى أنه يصير مستخلصًا ملكه فى الربع، فيكون بدلا، فلايكون غرمًا محضًا، بخلاف النفقة، ألا ترى أن النفقة قد تكون درهمًا فصاعدًا، فكيف يملك به ربع الجارية، وليس للمضارب أصل مال يلحق به النفقة، فكان غرمًا محضًا بخلاف رب المال؛ لأنه له أصل مال يلحق ما كان فى توابع التجارة، والنفقة من توابع التجارة حتى يلحق بالثمن فى بيع المرابحة، ألا ترى أن المضارب يملك الإنفاق على هذه الجارية من مال المضاربة، فلم يكن غرمًا محضًا فى حق رب المال، بل يلحق برأس المال، فكان إيجابها عليه أولى هذه الجملة فى "الزيادات".

وذكر هذه المسألة فى "القدورى": وقال: الحاصل من مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن النفقة عليهما.

وقال محمّد رحمه الله: النفقة على رب المال، قال إبراهيم: وقد روى لنا عن أبى يوسف رحمه الله: أن النفقة عليهما على قدر حصتهما، ويخرج حصة النفقة من المضاربة.

وذكر فى "المنتقى" بعد هذه المسألة بأسطر عن محمد رحمه الله: وقال: إذا أبى رب المال النفقة، فالنفقة عليهما أرباعًا.

١٨١٩٢- قال فى "الزيادات": وفى "القدورى": والجعل فى هذا نظير النفقة على الخلاف، حتى إن عبد المضاربة إذا أبق وردّه رجل من مسيرة السفر، فالجعل على رب المال عند محمد، وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله على ما ذكره القدورى: الجعل عليهما أرباعًا.

فرع فى "القدورى" على مسألة الجعل:

١٨١٩٣- فقال على قول أبى حنيفة رحمه الله: يخرج العبد عن المضاربة، ويجبر كل واحد منهما على أن يعطى حصته من الجعل؛ لأنه لما وجب الجعل بقدر الحصة، فقد تعيّن حق كل واحد منهما، ولن يتعيّن حق المضاربة فى الربح إلا بعد تعيّن رأس المال، وكان هذا قسمة.

وعن أبي يوسف : أنه لا يحتسب بالجعل في بيع المرابحة ، ويحتسب فيما بين المضارب ورب المال ، فإن كان هناك ربح ، فالجعل فيه ، وإلا فهو من رأس المال .

١٨١٩٤- وإذا كانت المضاربة فاسدة ، فلا نفقة للمضارب في مال المضاربة؛ لأن المضارب في هذه الصورة أجير ، والأجير لا يستحق النفقة على المستأجر .

١٨١٩٥- وإذا اشترى المضارب بألف المضاربة ، وبألف من عنده عبدًا ، وأنفق عليه، فهو متطوّع ، فإن رفع الأمر إلى القاضي ، أمره بالنفقة ، ويكون ذلك قسمة ؛ لأنه لما أمره بالنفقة على نصيب الغائب ، فقد أفرز نصيبه ، وهذا منه قسمة .

الفصل السادس عشر
فى بيع المضارب مال المضاربة مرابحةً

١٨١٩٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير"[(١)]: إذا باع المضارب المتاع مرابحة بعد ما أنفق حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وغيره، ولا يحتسب ما أنفق على نفسه يريد بهذا أن من دفع إلى رجل ما لا مضاربة، فسافر المضارب بالمال، فأنفق على نفسه فى كسوته وطعامه وركوبه، ودهنه وغسل ثيابه، وما لا بدّ له منه نفقة تبلغ مائة درهم، ثم قدم بمتاع، و قد اشتراه بألف درهم، فأراد أن يضمّ ما أنفقه على نفسه إلى الألف التى هى ثمن المتاع، ويبيعه مرابحة على ألف ومائة ليس له ذلك من غير بيان، وإنما يبيعه مرابحة على الألف الذى اشتراه بها.

١٨١٩٧- ولو اشترى متاعًا للمضاربة، فأنفق فى حمله، أو اشترى عبيدًا للمضاربة، فأنفق عليهم فى كسوتهم وطعامهم، وما لا بدّ لهم منه نفقة مثله، ثم أراد أن يضمّ ذلك إلى الثمن، ويبيع المرابحة على الكل من غير بيان كان له ذلك، والأصل فى جنس هذه المسائل: أن كل مؤنة ونفقة تعارف التجار إلحاقها برأس المال، كان للمضارب أن يضمّ ذلك إلى رأس المال، ويبيعه مرابحةً بالكل من غير بيان، وكل مؤنة ونفقة لم يتعارف التجار، إلحاقها برأس المال فليس للمضارب أن يضمّها إلى رأس المال، ويبيعه مرابحة على الكل من غير بيان، ألا ترى أنه يضمّ أجرة السمسار ونحوها إلى رأس المال لما جرى المتعارف به، قلنا: وقد تعارفوا إلحاق ما أنفق المضارب على المتاع برأس المال، وما تعارفوا إلحاق ما أنفق على نفسه برأس المال، فلايلحق به.

والأصل الفقهى فى ذلك أن كل ما يوجب زيادة فى العين حقيقةً أو حكمًا، فهو بمعنى رأس المال، فيضم إليه، وكل ما لا يوجب زيادة فى العين حقيقة أو حكمًا، فهو ليس فى معنى رأس المال، فلا يضمّ إليه.

بيانه أنه إذا أصبغ الثوب أحمر، وقد كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، ثم

(١) وفى الأصل: فى "الأصل" مكان: فى "الجامع الصغير".

باع الثوب مرابحة باعه مرابحة على الثمن، وعلى ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصبغ أوجب زيادة في العين، إذا ثبت هذا، فنقول: إذا اكترى للمتاع دوابّ يضمّ ذلك إلى رأس المال؛ لأن القيمة تزداد بالنقل، ولا يتهيأ النقل إلا بالكراء، فيوجب ذلك زيادة في العين حكمًا، فوجب الضمّ، فأما ما أنفق على نفسه، فلا يوجب زيادة في العين لا حقيقةً ولا حكمًا، فلا يجب الضمّ، وإذا وجب الضمّ يقول المضارب عند بيعه مرابحة: قام على بكذا، ولا يقول: اشتريت بكذا تحرّزًا عن الكذب، وقد مرّ مثله في البيوع.

الفصل السابع عشر
فى المضارب يشهد أنه يشترى لنفسه
وكان ذلك بعد الشراء، أو وقت الشراء

١٨١٩٨- ومن دفع إلى آخر مالا مضاربة، فاشترى بالمال جارية، ثم أشهد بعد ذلك أنه اشتراها لنفسه شراء مستقلا بمثل ذلك المال، أو بربح، أو بوضيعة، وقد كان رب المال أذن له أن يفعل ذلك، أو لم يأذن[1]، فإن شراءه لنفسه باطل، ويكون على المضاربة حتى لا يحل للمضارب وطء هذه الجارية بعد الشراء لنفسه، وقول محمد رحمه الله : أشهد أنه اشتراها لنفسه يحتمل وجهين: أحدهما: أن يشترى جارية للمضاربة من نفسه لنفسه بمثل الثمن الأول، أو بربح، أو بوضيعة من الثمن الأول. والثانى: أن يشترى الجارية ثانيًا من البائع الأول لنفسه بمثل الثمن الأول، أو بأكثر، أو بوضيعة، فما قال محمد رحمه الله: يحتمل كلا الوجهين.

فإن كان أراد به الوجه الأول، فإنه لا يجوز، سواء اشتراها بمثل الثمن الأول أو بأكثر، أو بأقلّ، وأذن له رب المال بذلك أم لم يأذن له، وذلك لأن الواحد لا يلى العقد من الجانبين فى البيع والشراء، إلا الأب فى مال ولده على الاتفاق، والوصىّ فى مال اليتيم على الاختلاف، وهذا ليس بأب، ولا وصىّ، فلا يجوز أن يكون بائعًا ومشتريًا بين الجانبين، كيف ما كان.

وإن أراد به الوجه الثانى فعلى ما عليه إشارة محمد رحمه الله لا يجوز أيضًا؛ لأن محمدًا رحمه لم يفصّل.

وحكى عن أبى القاسم الصفار: أنه كان يقول: متى اشتراه المضارب لنفسه ثانيًا من بائع الجارية بربح، أو بوضيعة لا يتغابن الناس فى مثلها، فإنه يجوز شراء المضارب لنفسه؛ لأن المشترى متى اشترى من البائع ثانيًا بأكثر من الثمن الأول، وبأقل من الثمن

---

(١) وفى الأصل: لم يفعل مكان "لم يأذن".

الأول، بحيث لايتغابن الناس في مثله، فإنه فسخ للبيع الأول، والمضارب يملك فسخ البيع الذي وقع للمضاربة، فيجعل كأنه فسخ البيع الأول بيع بائعه بما اشتراها لنفسه ثانيًا، ولو فعل هكذا جاز شراءه لنفسه، فكذا هذا.

وجه ما ذكر في ظاهر الرواية: أنه لا يجوز في الأحوال كلها أنه يريد أن يفسخ البيع الذي وقع للمضاربة لنفسه خاصّةً؛ لأنه فسخه لنفع رجع إليه خاصةً لا للمضاربة، فيكون ناسخًا بيعًا وقع للمضاربة لنفسه خاصة، بخلاف ما لو فسخ البيع أولا مع البائع، ثم اشتراها لنفسه بعد ذلك؛ لأنه صار فاسخًا بيعًا وقع للمضاربة لأجل المضاربة لا لنفسه، وإنما يملك فسخ بيع وقع للمضاربة لأجل المضاربة، وإذا صح الفسخ للمضاربة صح الشراء بعد ذلك لنفسه خاصّةً، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن المضارب لا يملك فسخ البيع الذي وقع للمضاربة لنفسه خاصّة، وإذا لم يكن إثبات الفسخ لم يمكن تصحيح الشراء بناء عليه، فهذا وجه ما ذكره في الكتاب إلا أنه متى حمل على الوجه الثاني، يجوز هذا بإذن رب المال، أذن له أن يفسخ البيع مع البائع لنفسه خاصّةً، فجاز الفسخ وإن كان بغير إذنه لا يجوز، ومتى حمل على الوجه الأول لا يجوز، أذن له رب المال أو لم يأذن.

١٨١٩٩- وإن كان حين اشترى الجارية بمال المضاربة أشهد أنه يشتريها نفسه، هل يصير مشتريًا لنفسه؟ قال: إن كان رب المال أذن له بذلك، فإنه يصير مشتريًا لنفسه، لا للمضاربة، حتى حل للمضارب وطءها، وضمن ما نقد لرب المال من مال المضاربة، وإن لم يأذن له رب المال بذلك، فإنه يصير مشتريًا للمضاربة، وإن أشهد أنه يشتريها لنفسه، حتى لا يحل للمضارب وطءها إلا أن يكون رب المال حاضرًا، فقال عند حضرته: إني أشتريها[1] لنفسي، وإنما كان كذلك، وذلك لأنه اشترى الجارية بمال المضاربة، وشراء ما يشتريه المضارب بمال المضاربة للمضاربة لا لنفسه، إلا إذا أخرج نفسه عن المضاربة، والمضارب لا يملك إخراج نفسه عن المضاربة إلا بإذن رب المال، أو بمحضر منه، هذا كما قالوا في الوكيل بشرى عبد[2] بعينه بألف: إذا اشتراه بألف، و

(١) هكذا في "ظ"، وفي غيرها: اشتريتها.

(٢) هكذا في "ظ"، وفي غيرها: يشترى عبداً.

أشهد عند الشراء لنفسه، فإنه يصير مشتريًا للموكل إلا أن يكون أذن له الموكل بعد التوكيل، بأن يشتريه لنفسه إن شاء، أو اشترى لنفسه بألف درهم قبل إذن الموكل بمحضر منه؛ لأنه يريد إخراج نفسه عن الوكالة بإذن الموكل، أو بحضرته كالوكيل بشراء شيء بعينه، فكذا هذا.

فإن قيل: إنما يصير مشتريًا للمضاربة بإضافة الشراء إلى مال المضاربة، وذلك إنما يكون إذا صحّ إضافة الشراء إلى الدراهم، وإضافة الشراء إلى الدراهم لغو، حتى لو هلك الدراهم المشار إليها، فإنه لا يبطل الشراء، ولو دفع المشترى غيرها له ذلك، وإذا لغت الإضافة إلى الدراهم المشار إليها، صار كأنه اشترى ولم يضف إلى مال المضاربة، وأشهد أنه يشتريه لنفسه، وإن كان كذلك، صار مشتريًا لنفسه، فكذلك إذا لغت إضافة الشراء إلى الدراهم.

قلنا: الإضافة لغو فى استحقاق الدراهم المشار إليها بعينها، حتى كان للمشترى أن يدفع غيرها مثل المشار إليها كأنه لم يشر إلا أنه فيما عدا استحقاق المشار إليه، اعتبرت الإشارة حتى لو كان المشار إليها دراهم وضحًا صحاحًا، يقع الشراء بدراهم وضح صحاح، ولو كانت مسكورة، يقع الشراء بمثل المشار إليه من الدراهم المكسورة، ولو لغت الإشارة أصلا لكان ينصرف الشراء إلى نقد البلد، كما لو لم يشتر أصلا، فدل أن الإشارة معتبرة فيما وراء استحقاق المشار إليه بعينه من الأحكام، وأن يكون هذا الشراء داخلا تحت المضاربة حكم آخر سوى استحقاق المشار إليها بعينه، فيكون للإضافة عبرة فى حق هذا الحكم، وإذا اعتبر صار مشتريًا بمال المضاربة، والشراء بمال المضاربة داخل تحت المضاربة، فلا يملك المضارب هذا الشراء لنفسه إلا بعد إخراج نفسه عن المضاربة إلا أن يأذن له رب المال بعد المضاربة، بأن يشترى لنفسه جارية بمال المضاربة، أو بمحضر من رب المال إن لم يكن أذن له بالشراء لنفسه بمال المضاربة، كما فى الوكيل بشراء شيء بعينه، فلهذا قال: بأن المشترى يكون للمضاربة إلا أن يكون أذن له رب المال بالشراء لنفسه، أو يكون الشراء بمحضر من رب المال، وأشهد المضارب أن يشتريه لنفسه، فحينئذٍ يصير المضارب مشتريًا لنفسه، و يضمن ما نقده البائع من مال المضاربة لرب المال؛ لأنه قضى دينه من ماله بإذنه -والله أعلم-.

الفصل الثامن عشر
فى دفع المالين مضاربة على الترادف

١٨٢٠٠ - قال محمد رحمه الله : ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، ثم دفع إليه ألف درهم آخر مضاربة بالنصف أيضًا، فخلط المضارب الألف الأولى بالثانية، فالأصل فى جنس هذه المسائل : أن المضارب متى خلط مال رب المال بمال رب المال لا يضمن، ومتى خلط مال المضاربة بمال نفسه، أو بمال غيره ضمن.

وهذه المسألة فى الحاصل على ثلاثة أوجه : إما أن قال[1] رب المال فى كل واحد من المضاربتين : اعمل فيه برأيك، أو لم يقل : ذلك فيهما، أو قال له : ذلك فى إحداهما دون أخرى، فأما إن خلط المضارب مال المضاربة الأولى بالثانية قبل أن يربح فى المالين، أو بعد ما ربح فيهما، أو بعد ما ربح فى أحدهما دون الآخر، فإن قال له رب المال فى المضاربتين جميعًا : اعمل فيه برأيك، فخلط أحدهما بالآخر، فإنه لا يضمن واحدًا من المالين سواء خلطهما قبل أن يربح فى المالين، أو بعد ما ربح فى المالين، أو بعد ما ربح فى أحدهما دون الآخر؛ لأنه فى بعض هذه الفصول خلط مال رب المال بمال رب المال، وإنه لا يوجب ضمانًا على المضارب، وإن لم يقل له : اعمل فيه برأيك، فإذا قال له : ذلك فيهما أولى، أن لايضمن، وفى بعض هذه الفصول خلط مال رب المال بمال نفسه، وهو حصّته من الربح إلا أنه أذن له رب المال بهذا الخلط لما قال له : اعمل برأيك.

ألا ترى أنه لو خلطهما بمال آخر خاصّ للمضارب لم يضمن، فلأن لا يضمن وقد خلطهما بمال مشترك بينه وبين رب المال، وهو حصّته من الربح أولى.

وإن لم يقل له فى المضاربتين جميعًا : اعمل فيهما برأيك، فإن خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح فى واحد منهما، فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه خلط مال رب المال بمال رب المال، ولم يخلط بمال نفسه، ولا بمال غيره، فلا يضمن، ألا ترى أن المودع لو خلط إحدى الوديعتين بالأخرى، وكانتا لرجل فإنه لا يضمن، فالمضارب أولى، وإنه أعلى

(١) وفى "م" : بأن قال مكان "إما أن قال".

حالا من المودع ، وإن خلطهما بعد ما ربح فى المالين ، فإنه يضمن المالين جميعًا ، وحصّة رب المال من ربح المالين قبل الخلط ؛ لأنه خلط كل واحد من المالين بمال مشترك بينه وبين رب المال ، فيضمن المالين جميعًا ، وحصة رب المال من ربح المالين ، واعتبر بما لو خلطهما المضارب بمال خاصّ لنفسه ، وهناك يضمن المالين جميعًا ، ويضمن حصة رب المال من ربح المالين ، فكذا إذا خلطهما بمال مشترك بينه وبين رب المال .

وأما إذا ربح فى أحد المالين دون الآخر ، فإنه يضمن المال الذى لا ربح فيه ، ولا يضمن المال الذى فيه ربح ، أما يضمن المال الذى لا ربح فيه ؛ لأنه خالص مال رب المال لا شريك للمضارب فيه ، وقد خلط بمال مشترك بينه وبين رب المال ، وهو حصّته من الربح الآخر ، فيضمن كما لو خلطه بمال خاصّ لنفسه ، ولا يضمن المال الذى ربح فيه ؛ لأنه لو ضمنه ، فإنما يضمن ؛ لأنه خلط المال الذى فيه ربح ببعض ماله ، فهو حصته من الربح ، أو يضمن ؛ لأنه خلط بالمال الذى لا ربح فيه ، ولا يجوز أن يضمن ؛ لأنه خلط المال الذى فيه ربح بحصته من الربح ؛ لأن هذا خلط تضمن عقد المضاربة ؛ لأنه إنما دفع المال إليه مضاربة ليربح ، ومتى ربح اختلط ربحه برأس المال لا محالة ، ولا يجوز أن يضمن المال الذى فيه ربح ؛ لأنه خلط بالمال الذى لا بربح فيه ؛ لأن ثلاثة أرباع المال الذى فيه ربح مال رب المال ، وقد خلط بمال رب المال ، وقد ذكرنا أن المضارب متى خلط مال رب المال بعضه ببعض ، فإنه لا يضمن ثلاثة أرباع المال الذى فيه ربح يخلطه بالمال الذى لا ربح فيه ، والربع من ذلك حصة المضارب من الربح ، فيكون ملكًا له ، ولا يضمن الإنسان مال نفسه لنفسه ، فلهذا قالوا : بأنه يضمن المال الذى لا ربح فيه ، ولا يضمن المال الذى فيه ربح .

هذا إذا لم يقل له فيهما : اعمل فيه برأيك ، فأما إذا قال له فى إحدى المضاربتين : اعمل فيه برأيك ، ولم يقل له : ذلك فى الأخرى ، فإن قال له فى المضاربة الأولى : اعمل فيه برأيك ، ولم يقل له : ذلك فى المضاربة الثانية ، فخلط مال المضاربة الأولى بالثانية .

فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه : أما إن خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح فى أحد المالين ، أو بعد ما ربح فى أحد المالين ، أو بعد ما ربح فى مال الأولى ، ولم يربح فى مال الثانية ، أو بعد ما ربح فى مال الثانية ، ولم يربح فى الأولى ، وفى الوجهين منهما

يضمن مال الثانية الذى لم يقل له رب المال : اعمل فيه برأيك ، و لا يضمن مال الأول أحدهما إذا خلط أحد المالين بالآخر بعد ما ربح فى المالين جميعًا .

أما لا يضمن مال الأولى فى هذا الوجه ، وإن خلط بمال مشترك بينه وبين رب المال ، وهو حصته من الربح من مال الثانية ؛ لأنه مأمور بالخلط فى الأولى ، ألا ترى أنه لو خلط مال الأولى بمال خاصّ لنفسه ، لم يضمن ، فكذا إذا خلط بمال مشترك بينه وبين رب المال ، ويضمن مال الثانية ؛ لأنه خلط بحصته من الربح من مال الأولى ، ولم يؤذن له بالخلط فى مال الثانية ، فإنه لم يقل له فيها : اعمل فيه برأيك ، فيضمن ، كما لو خلط بمال نفسه .

والوجه الثانى : إذا خلط أحدهما بالآخر ، وقد ربح فى مال الأولى الذى قال له فيها : اعمل فيه برأيك ، وفيه لا يضمن المال الأولى ؛ لما ذكرنا ، ويضمن المال الثانى ؛ لأنه خلطه بمال مشترك بينه وبين رب المال ، وهو حصّته من ربح مال الأولى ، ولم يؤذن له بالخلط فى الثانية ، فيضمن كما لو خلط بمال خاصّ لنفسه ، وفى وجهين منهما لا يضمن لا المال الأول ولا الثانى ، أحدهما إذا خلط أحد المالين بالمالين قبل أن يربح فى واحد من المالين ؛ لأنه لم يقل له فيهما : اعمل فيه برأيك لم يضمن إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح فى واحد من المالين ، فلأن لا يضمن ، قال فى المضاربة الأولى : اعمل فيه برأيك أولى وأحرى ، وكذلك إن ربح فى حال الثانية الذى لم يقل له فيها : اعمل فيه برأيك ، ولم يربح فى مال الأولى الذى قال له فيها : اعمل فيه برأيك ، وهو الوجه الثانى لا يضمن واحدًا من المالين .

أما المال الأول : فلما[1] ذكرنا أن رب المال أذن له بالخلط فى المال الثانى ، لكنه خلط المال الثانى بمال رب المال ، وإنه لا يربح فى المال الأول ، وكان خالطًا المال الثانى بمال خاصّ لرب المال ، وإنه لا يوجب الضمان .

١٨٢٠١ – هذا إذا قال له فى المضاربة الأولى : اعمل فيه برأيك ، ولم يقل : ذلك فى الأولى ، فالمسألة لا تخلو عن أربعة أوجه أيضًا على ما بينا ، وفى وجهين منها ، وهما إذا خلط أحد المالين بالآخر بعد ما ربح فى المالين جميعًا ، أو بعد ما ربح فى مال

(١) وفى "ظ" و "ف" : فيما .

الثانية الذى قاله له : اعمل فيه برأيك ، ولم يربح فى مال الأولى الذى لم يقل له : اعمل فيه برأيك ، يضمن مال الأولى ، ولا يضمن مال الثانية ؛ لما قلنا فى المسألة الأولى .

وفى وجهين منها ، وهما ما إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح فى المالين ، أو ربح فى مال الأولى ، ولم يربح فى مال الثانية ، فإنه لا يضمن شيئًا لا مال الأولى ، ولا مال الثانية .

الفصل التاسع عشر
فى عتق عبد المضاربة، وفى كتابته وفى دعوة نسب جارية المضاربة

١٨٢٠٢- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبدًا يساوى ألف درهم، فأعتقه المضارب، فعتقه باطل؛ لأنه أعتق ما لا يملك، فإن جميع العبد مشغول برأس المال، وإنما للمضارب فيه مجرّد حق، وهو حق البيع، وصاحب مجرّد الحق إذا أعتق العبد لا ينفذ إعتاقه كالمرتهن، إذا أعتق المرهون كالبائع إذا أعتق ما باعه قبل قبض الثمن، فإنه لا ينفذ إعتاقهما؛ لأنه لا ملك لهما فى العبد، إنما لهما مجرّد حق، وهو حق الحبس، فلم ينفذ إعتاقهما، فكذا هذا.

وإن أعتقه رب المال عتق، وبطلت المضاربة، ولا ضمان على رب المال.

أما نفاذ العتق: فلأنه أعتق ما هو ملكه خاصّة؛ لأنه لا فضل فيه على رأس المال إلا أن للغير فيه حقّا، فإن للمضارب فيه حق البيع غير أن المالك لا يصير محجورًا عن الإعتاق، ولحق الغير، ألا ترى أن الراهن إذا أعتق المرهون، والمشترى إذا أعتق المشترَى قبل نقد الثمن، نفذ إعتاقهما، وإن كان للغير حق فى العبد، فكذلك هذا.

فإن قيل: يجب أن لا ينفذ إعتاق رب المال؛ لأنه متى نفذ إعتاقه صار المضارب محجورًا عن التصرّف فى العبد حكمًا لنفاذ العتق والمضارب كما لا يجوز أن يصير محجورًا قصدًا لايجوز أن يصير محجورًا حكمًا، كما لو مات رب المال، ومال المضاربة لم ينضّ.

قلنا: لا، بل يجوز أن يصير محجورًا عن التصرّف حكمًا لاستيفاء رب المال رأس المال، وإن كان مال المضاربة عرضًا، ألا ترى أنه لو باع رب المال مال المضاربة، وهو عروض بمثل القيمة، واشترى فى ثمنه رأس المال جاز، وصار المضارب محجورًا عن التصرّف؛ لأنه ثبت الحجر حكمًا لاستيفاء رب المال رأس المال، فكذا ههنا، صار المضارب محجورًا عن التصرّف حكمًا لاستيفاء رب المال رأس المال؛ لأنه بالإعتاق صار

مستوفيًا رأس المال ؛ لأن العبد حبس حقّه باعتبار المالية، وقد صار مستهلكًا إياه بالإعتاق، صار مستوفيًا رأس المال به، بخلاف ما لو مات رب المال ؛ لأنه بموته لا يصير مستوفيًا رأس المال، وإن مال المضاربة على حاله لم يقبضه رب المال، و لا وكيله، فأما ههنا بالإعتاق : فقد استهلك مال المضاربة، فصار قابضًا لرأس المال، فثبت الحجر حكمًا لاستيفاء رب المال، وهذا جائز بالبيع من رب المال، فيجوز بالإعتاق، وبطلت المضاربة ؛ لأن مال المضاربة هلك، ولم يخلف بدلا، وإن رب المال لا يضمن قيمة العبد ؛ لأنه أعتق ملك نفسه، فلو ضمن، ضمن لنفسه، وهذا لا يجوز، وإذا لم يجز أن يضمن رب المال قيمة العبد، فقد هلك المضاربة، ولم يخلف بدلا، فانتقض المضاربة كما لو مات العبد.

فإن قيل : رب المال إن أعتق ملك نفسه، فللمضارب فى العبد حق مستحق، وهو حق البيع حتى يظهر الربح، ولهذا قلنا : رب المال لو نهاه عن البيع لا يعمل نهيه، فدلّ أن للمضارب فى العبد حقًا مستحقًا، وهو حق البيع، وقد أتلف رب المال حقّ المضارب فى هذا العبد، فيجب أن يضمن فيه حقًا للمضارب إن لم يضمن لنفسه كالراهن إذا أعتق العبد المرهون، والدين مؤجل، ضمن قيمته حقًا للمرتهن، وإن كان العبد ملكًا للراهن، فكذلك هذا إلا أن الجواب عنه، وهو الفرق بين حق المرتهن، وبين حق المضارب أن الراهن لا يملك إبطال حق المرتهن عن الرهن بالبيع، فلم يملك إبطال حقه بالإعتاق بغير عوض، فأما رب المال : فيملك إبطال حق المضارب فى البيع بغير رضاه بالبيع، حتى يصل إلى رأس المال، فإنه لو باع رب المال بهذا العبد بمثل القيمة، واستوفاه برأس المال جاز، فيملك الإبطال بالإعتاق أيضًا من غير عوض.

١٨٢٠٣ - ولو كان المضارب اشترى بخمسمائة من ألف المضاربة عبدًا يساوى ألفًا، فأعتقه، فإن عتقه باطل فى قولهم جميعًا، وإن كان على رأس المال فضل خمسمائة درهم، وذلك لأن الأصل عندهم أن مال المضاربة، إذا كان من جنسين مختلفين، وقيمة كل واحد من الجنسين مثل رأس المال، فإنه يعتبر كل واحد من المالين مشغولا بجميع رأس المال، كأنه ليس معه غيره، ولا يعتبر رأس المال شائعًا فى المالين، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولا برأس المال، فيبقى النص من كل واحد منهما فضلا على رأس المال، فيظهر الربح، ولهذا قالوا : بأن مال المضاربة إذا كان عبدًا وثوبًا،

قيمة كل واحد منهما ألف، ورأس المال ألف، فإنه يعتبر كل واحد مشغولا بجميع رأس المال كأنه ليس معه غيره، ولا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولا بنصف رأس المال، ونصفه ربحًا، حتى قالوا: إذا حال الحول على المال، لا يجب على المضارب زكاة الربع، وإذا كان ثوبين من جنس واحد، وقيمة كل واحد منهما ألف، ورأس مال المضاربة ألف، فإنه يعتبر رأس المال شائعًا، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولا برأس المال، ونصفه ربحًا، حتى قالوا: إذا حال الحول، كان على المضارب زكاة الربع، وإنما فعلوا هكذا.

وذلك لأنا لو اعتبرنا رأس المال شائعًا في الجنسين المختلفين، إذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال يؤدى ذلك إلى أمر غير مشروع، وذلك لأنه متى هلك أحد المالين بعد ذلك، وبقى الآخر، لنا أن لا ننقل حق رب المال فى رأس المال القائم بسبب مخالفة الجنس، ويبقى حقه فى القائم بقدر النصف، وأن ننقل حق رب المال، فرأس المال إلى المال القائم، ويجعل المال القائم مشغولا بجميع رأس المال، وكلا الأمرين غير مشروع إن لم ننقل حق رب المال فى رأس المال إلى العين القائم، ولم يجعل المال القائم مشغولا بجميع رأس المال، وكان للمضارب ربع المال القائم، فيؤدى إلى أن يصير المضارب مستوفيًا للربح قبل أن يستوفى رب المال رأس المال بتمامه، فهذا غير مشروع.

وإن نقلنا حق رب المال فى رأس المال إلى القائم، جعلنا المال القائم كله مشغولا برأس المال، لنقلنا حق رب المال من جنس إلى جنس آخر بغير رضا المضارب، وإنه غير مشروع، ألا ترى أن العبد والثوب إذا كانا بين اثنين، فأراد أحدهما أن ينقل حقه من الثوب إلى العبد بغير رضا الآخر، لا يكون له ذلك، وإذا كان جعل رأس المال شائعًا فى المالين، يؤدى إلى أمر غير مشروع، لم يجعل رأس المال شائعًا فى المالين، بل جعلنا كل واحد مشغولا بجميع رأس المال، كأنه ليس معه غيره، وعند ذلك لا يظهر الربح، فإذا كان المال من جنس واحد متى اعتبرنا رأس المال شائعًا فى المالين، وجعلنا نصف كل واحد مشغولا بنصف رأس المال، والنصف ربحًا متى هلك أحد المالين بعد ذلك لا يؤدى إلى أمر غير مشروع؛ لأنا إن نقلنا حق رب المال من رأس المال إلى العين القائم، وجعلنا العين القائم مشغولا بجميع رأس المال، حتى لا يصير المضارب مستوفيًا الربح قبل أن يستوفى رب المال، كان له فيه نقل حق رب المال من جنس إلى جنس مثله بغير

رضا المضارب، وهذا مشروع.

ألا ترى أنه إذا كان ثوبين بين رجلين أراد أحدهما أن ينقل حقه من أحدهما إلى الآخر، ويجمع نصيبه في في أحدهما بغير رضا الآخر، وطلب القسمة من القاضي، كان له ذلك.

فإذا ثبت هذا الأصل عندهم جميعًا، نقول: بأن مال المضاربة ههنا جنسان مختلفان: دراهم، وعبد، فالعبد مع الدراهم جنسان مختلفان، فيعتبر كل واحد من المالين مشغولا برأس المال، كأنه ليس معه غيره، ولا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما، وإذا اعتبر العبد كله مشغولا بجميع رأس المال، كأنه ليس مع العبد خمسمائة لم يظهر الربح في العبد، فكان العبد كله ملك رب المال، فلا ينفذ عتق المضارب.

فإن قيل: متى اعتبر كل واحد من المالين مشغولا بجميع رأس المال، صار رأس مال الضاربة ألفي درهم، وكل واحد من المالين ألف، وهذا غير مشروع.

قلنا: متى يجعل كل واحد من المالين مشغولا بجميع رأس المال، ثم يجعل لرب المال الاستيفاء من أحدهما، فلا يزداد حقّه في رأس المال، وهذا كالدين إذا كان به كفيل، صار كل واحد منهما مطالبًا بجميع الدين، ثم لا يستوفى جميع الدين إلا من أحدهما، فشغل محلان بألف واحد على أن لصاحب الحق الاستيفاء من أحدهما، وهذا مشروع.

أما استيفاء الربح قبل أن يستوفى رب المال رأس المال بتمامه، أو نقل الحق من جنس إلى آخر بغير رضا أحدهما، هذا غير مشروع من الوجه الذي بينّا.

ولو كان رب المال هو الذي أعتق العبد جاز إعتاقه؛ لأن جميع العبد ملكه، وصار به مستوفيًا رأس ماله بتمامه، بقي خمسمائة ربحًا، فتكون بين المضارب وبينه نصفين، ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بالألف عبدًا يساوي ألفي درهم، فأعتقه المضارب، فإن إعتاقه جائز في ربع العبد؛ لأن مال المضاربة جنس واحد من حيث الحقيقة والمعنى، فيعتبر نصف العبد مشغولا برأس المال والنصف ربحًا، ولا يعتبر كل نصف منه مشغولا برأس المال، كما لو كان مال المضاربة مكيلا أو موزونًا، قيمته ألفًا درهم، ورأس المال ألف درهم، وهناك يعتبر النصف مشغولا برأس

المال، والنصف ربحًا، فكذا هذا، وإذا اعتبر النصف ربحًا، كان للمضارب ربع العبد، فهذا رجل أعتق عبدًا له ربعه، ولآخر ثلاثة أرباعه، فإن كان المضارب موسرًا، فلرب المال خيارات ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان معسرًا، فله خياران على ما عرف في كتاب العتاق.

وعندهما: يعتق العبد كله، موسرًا كان المضارب أو معسرًا، إلا أنه إذا كان موسرًا، فإنه يضمن لرب المال قيمة ثلاثة أرباع العبد، نصف العبد رأس ماله، والربع حصته من الربح، وإن كان معسرًا، سعى العبد في ثلاثة أرباعه لرب المال، ويكون الولاء كله للمضارب في الحالين عندهما على ما عرف في العتاق.

فإن قيل: العبد الواحد وإن كان جنسًا واحدًا إلا أنه من حيث الحكم بمنزلة أجناس مختلفة، فإنه مما لا يحتمل القسمة كالأجناس المختلفة.

قلنا: إنما لم يحتمل القسمة لا لاختلاف الجنس، بل لأنه من الإتلاف، فإنه متى جزأ العبد من حيث الحقيقة تلف، فلا يفيد القسمة؛ لأنها لتحصيل المنفعة، فأما حقيقة معنى ذاته جنس واحد.

١٨٢٠٤- هذا إذا اشترى المضارب بجميع الألف عبدًا يساوي ألفين، فأما إذا اشترى بخمسمائة منها عبدًا يساوي ألفين، فأعتقه المضارب، جاز إعتاقه، وإن كان مال المضاربة من جنسين مختلفين دراهم وعبد، ومال المضاربة متى كان من جنسين مختلفين، يصير كل واحد مشغولا بجميع رأس المال، كأنه ليس معه غيره إلا أنه متى لم يكن مع العبد خمسمائة، وكانت قيمته ألفي درهم ورأس المال ألف درهم، يظهر الربح بخلاف ما لو كانت قيمة العبد ألف درهم؛ لأنا متى جعلناه كأنه ليس معه غيره لا يظهر الربح، وإذا ظهر الربح ههنا، فالمضارب أعتق هذا العبد والربع ملكه، فهذا عبد بين شريكين لأحدهما ربعه، وللآخر ثلاثة أرباعه، وقد أعتقه صاحب الربع، فنفذ إعتاقه عندهم جميعًا.

وإذا صحّ إعتاق المضارب، نقول: بأن على قول أبي حنيفة رحمه الله: يستوفي رب المال الخمسمائة القائمة في يد المضارب برأس ماله؛ لأن رب المال أبدًا يستوفي رأس ماله من أقرب مال يجده، وأقرب مال يجده رب المال من مال المضاربة ههنا الخمسمائة

الباقية فى يد المضارب، فيستوفيها برأس ماله، وإذا استوفاها برأس ماله، صار المملوك للمضارب من العبد قدر سبعمائة وخمسين درهمًا؛ لأنه بقى إلى تمام رأس المال خمسمائة، فبقى الربح من العبد ألف وخمسمائة بينهما نصفان لكل واحد منهما سبعمائة وخمسون، فقد حدث للمضارب زيادة ملك فى العبد، لم يكن ملكًا يوم أعتق، ولا يعتق ما حدث له من الزيادة فى العبد على قول أبى حنيفة رحمه الله.

وإذا لم يعتق ما حدث له من الزيادة فى العبد على قوله، نقول بعد هذا: بأن المضارب متى كان موسرًا فلرب المال خيارات ثلاثة، إن شاء ضمن المضارب ألفًا ومائتين وخمسين درهمًا؛ لأن حصة رب المال ألف ومائتان وخمسون، خمسمائة رأس ماله، وسبعمائة وخمسون حصة من الربح، ثم كان للمضارب بالضمان من جهة رب المال، وقد حدث له زيادة ملك فى العبد بقدر مائتين وخمسمائة بعد ما أعتق، فيكون جملة ذلك ألفًا وخمسمائة، فكان للمضارب أن يستسعى العبد فى ذلك، ويكون الولاء كله للمضارب؛ لأن العبد كله عتق من جهة المضارب، وإن شاء رب المال، استسعى العبد فى ألف ومائتين وخمسين؛ لأن المملوك له من العبد هذا القدر، وللمضارب أن يستسعى العبد فى مائتين وخمسين إن شاء، وإن شاء أعتق هذا القدر من العبد؛ لأنه حدث له هذه الزيادة فى العبد بعد ما أعتق العبد، وما يملكه المعتق بعد العتق من الزيادة، فإنه لا يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله، ويكون الولاء بينهما على ثمانية أسهم: خمسة أسهم لرب المال، وثلاثة أسهم للمضارب؛ لأنه عتق من جهة رب المال من العبد خمسة أسهم، ومن جهة المضارب ثلاثة أسهم؛ لأن حق رب المال فى العبد فى ألف ومائتين وخمسين، وحق المضارب فى سبعمائة وخمسين، فصار حق رب المال فى خمسة أسهم، وحق المضارب فى ثلاثة أسهم، وإذا أعتق من جهة رب المال خمسة، ومن جهة المضارب ثلاثة، كان الولاء بينهم على هذه السهام الثمانية أيضًا، وإن شاء رب المال أعتق نصيبه، وعند ذلك يعتق من العبد خمسة أسهم، و ذلك ألف ومائتان وخمسون، ويبقى للمضارب خيار فى قدر سهم واحد، وهو ما حدث له من الزيادة بعد العتق، فإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، وأىّ ذلك فعل كان الولاء بينهما على ثمانية أسهم، وإن كان المضارب معسرًا، فلرب المال خياران، إن شاء استسعى العبد فى ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق هذا القدر من العبد.

ويكون للمضارب الخيار فيما حدث له من الزيادة، ويكون الولاء بينهما على ثمانية أسهم من الوجه الذى ذكرنا، وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله.

فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لما أعتق المضارب العبد، والربع ملكه عتق كله على المضارب؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهما، ثم يستوفى رب المال الخمسمائة الثانية فى يد المضارب برأس ماله؛ لأنه أقرب مال يجده، ثم يضمن المضارب إن كان موسرًا ألفًا، ومائتين وخمسين؛ لأن هذا القدر حصة من العبد، وإذا ضمن لا يرجع المضارب على العبد، وإن كان المضارب معسرًا، فإن رب المال يستسعى العبد فى ألف ومائتين وخمسين، ويكون الولاء كله للمضارب؛ لأن جميع العبد عتق من جهة المضارب.

١٨٢٠٥- وإذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبدين كل واحد منهما يساوى ألف درهم، فأعتقهما المضارب جملة، فهذا الإعتاق باطل فيهما، وهما على المضاربة على حالهما.

وهذا الجواب لا يشكل على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن الرقيق عنده أجناس مختلفة، فصار كل واحد من العبدين مشغولا برأس المال؛ لما كان قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال، فلا يظهر الربح.

وكذلك الجواب عندهما على رواية هذا الكتاب؛ لأن على رواية هذا الكتاب الرقيق عندهما أجناس مختلفة حتى إن الرقيق إذا كان بين اثنين، فطلب أحدهما من القاضى القسمة، وأبى الآخر، فالقاضى لا يقسم بينهما، ولا يجمع نصيب كل واحد منهما فى البعض، إلا أن ترى الصلاح فى القسمة، فأما على رواية كتاب العين والدين، وعلى رواية كتاب الصوم، فالرقيق عندهما جنس واحد قبل رؤية القاضى الصلاح فى ذلك كالدوابّ والثياب، فإنه قال فى كتاب العين والدين: إذا أوصى بثلث ثلاثة أعبد لرجل، وقيمتهم على السواء، ثم هلك اثنان من العبيد، أو استحقا، وبقى عبد واحد، ثم مات الموصى.

ذكر أن على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يسلم للموصى له جميع العبد الباقى، وإن كان يخرج من ثلث ماله، وإنما يسلم له ثلث العبد الباقى، كما لو أوصى بثلث عبد

وثلث كرّ حنطة، وثلث ثوب، وقيمة الكل على السواء، ثم استحق الكرّ والثوب، وبقي العبد، فإن ثمة يعطى الموصى له ثلث العبد، لا كله عندهم جميعًا، فكذا في العبيد عنده.

وقالا: يعطى الموصى له جميع العبد الباقي إذا كان يخرج من ثلث المال، كما لو أوصى بثلاثة أكرار حنطة، ثم هلك الكران، أو استحقا، وبقي الباقي، فإنه يعطى الموصى له جميع الكرّ الباقي، إذا كان يخرج من الثلث، فقد جعلا الرقيق على رواية كتاب العين والدين جنسًا واحدًا قبل رؤية القاضي الصلاح في القسمة، والجمع في حق الوصية، فكذا في حق المضارب ينبغي أن يعتبر جنسًا واحدًا.

وكذلك ذكر في بعض روايات كتاب الصوم: أن العبيد والإماء إذا كانوا بين اثنين، فمضى يوم الفطر، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب على أحد منهما صدقة الفطر، وعلى قولهما: يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر، واعتبرا نصيب كل واحد منهما مجتمعًا في البعض قبل رؤية القاضي الصلاح في ذلك، فعلى رواية كتاب العين والدين، وعلى رواية كتاب الصوم يكون مال المضاربة جنسًا واحدًا عندهما، فيصير رأس المال شائعًا فيهما، فيصير كل عبد مشتركًا بين رب المال والمضارب، للمضارب ربعه، ولرب المال ثلاثة أرباعه، نصفه رأس المال، وربعه حصة من الربح، ويكون الجواب عندهما على هذه الرواية، كالجواب في عبدين بين اثنين لأحدهما ثلاثة أرباع كل واحد منهما، وللآخر ربع كل واحد منهما، وقد أعتقهما صاحب الربع معًا، أو متفرقًا، وثمه عتق العبدان جميعًا عندهما، وضمن المعتق قيمة ثلاثة أرباع كل واحد من العبدين لصاحبه، إن كان موسرًا من غير خيار، ولا يرجع بذلك على العبد، وإن كان معسرًا، استسعى العبد في ثلاثة أرباعه، وكان ولاء العبدين جميعًا للمعتق عندهما، فكذا هذا.

١٨٢٠٦ - هذا إذا أعتقهما المضارب، وإذا أعتقهما رب المال، فهذا على وجهين: إما أن أعتقهما معًا بكلمة واحدة أو متفرقًا بكلمتين، فإن أعتقهما معًا بكملة واحدة عتقا جميعًا، وضمن رب المال خمسمائة للمضارب حصته من الربح، موسرًا كان أو معسرًا، ولا يرجع رب المال بذلك على العبد.

وهذا الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يشكل ؛ لأن على قوله : كل واحد من العبدين مشغول برأس المال ، إذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال على ما بينّا .

وإذا اعتبر مشغولا برأس المال كان العبدان جميعًا ملك رب المال ؛ لأن رأس المال ملكه ، وقد أعتقهما ، فينفذ إعتاقه فيهما ، ولا يجب على العبد سعاية ؛ لأن كل واحد من العبدين ملك المعتق على الكمال ، ويضمن رب المال للمضارب حصته من الربح خمسمائة ، موسرًا كان أو معسرًا .

فإن قيل : يجب أن لا يضمن رب المال للمضارب شيئًا ؛ لأن كل واحد من العبدين بكماله ملك رب المال لا شركة للمضارب فيهما ، حتى قلنا : لا ينفذ إعتاق المضارب فيهما ، وإذا لم يكن للمضارب شركة في العبدين ، فكانا بكمالهما ملك رب المال ، فلأيّ معنى يضمن رب المال للمضارب شيئًا؟

قلنا : لا شركة للمضارب حال وقوع العتق ؛ لأن مال وقوع العتق لا يكون رب المال مستوفيًا رأس المال ، وما لم يستوف رب المال رأس ماله لا يثبت للمضارب شركة في الربح ، وإنما صار رب المال مستوفيًا رأس ماله بعد تمام العتق ، فإذا لم يكن للمضارب شركة قبل استيفاء رب المال رأس ماله ، نفذ إعتاقه فيهما مجّانًا من غير سعاية ، ولم ينفذ إعتاق المضارب إلا أنه بعد العتق ثبت للمضارب شركة في الربح ؛ لأن رب المال بعد الإعتاق صار مستوفيًا لألفي درهم ، فتكون ألف منهما رأس المال ، وألف ربحًا .

١٨٢٠٧- وإذا ثبت للمضارب شركة في الربح حين صار رب المال مستوفيًا رأس المال ، وقد استهلك رب المال حصته من الربح ، فيضمن حصته كما لو كان مال المضاربة ألفي درهم ، فأخذها رب المال ، واستهلكها ، وهناك يضمن للمضارب حصته من الربح ، وذلك خمسمائة ، وقد يجوز أن لا يكون للمضارب شركة في مال المضاربة قبل استيفاء رب المال رأس ماله ، ثم ثبت له الشركة إذا استوفاه رب المال ، ألا ترى أن المضارب إذا اشترى بخمسمائة من رأس المال عبدًا يساوى ألفًا ، وبقي في يده خمسمائة لا يكون للمضارب شركة ، لا في العبد ، و لا في الخمسمائة ، فكذا هذا .

١٨٢٠٨ -وألا ترى أن من أوصى لرجل بثلث ماله ، فمات و ترك مالا وقصاصًا

لا يكون للموصى له شركة فى القصاص حتى لو عفا لا يصحّ عفوه، ثم لو انقلب القصاص مالا بأن عفا أحد الورثة، ثبت له الشركة فى بدله، فكذا هذا.

ثم يضمن رب المال، موسرًا كان أو معسرًا، ولا يرجع على العبد؛ لأن ما وجب عليه من الضمان ضمان استهلاك، لا ضمان إعتاق؛ لأنه لم يكن للمضارب شركة فى العبدين وقت إعتاق رب المال، حتى يكون الضمان ضمان عتق، وإذا لم يكن أن يجعل ضمان عتق لانتفاء الشركة وقت الإعتاق، وقد ثبت له الشركة بعد الإعتاق اعتبر ضمان استهلاك، وإنه لايختلف باليسار والعسار، و لا رجوع فيه على أحد، وكان هذا بمنزلة المولى إذا أعتق عبده المديون، فإنه يضمن الغرماء، موسرًا كان أو معسرًا، ولا يرجع على العبد؛ لأنه ضمان استهلاك، لا ضمان إعتاق، وإنه لا شركة للغرماء فى العبد، إنما لهم حق استيفاء الدين من ماله، وقد استهلك المولى ذلك عليهم بالإعتاق فيضمن، موسرًا كان أو معسرًا.

١٨٢٠٩-وكذلك الوارث إذا أعتق عبدًا من الشركة، وفيها دين مستغرق، فإنه يضمن قيمته للغرماء، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان استهلاك، لا ضمان إعتاق، فإنه لا شركة للغرماء فى العبد، فكذا هذا.

فإن قيل: كيف يقال: بأن هذا ضمان استهلاك، وإنه وجب بسبب العبد يصير ضمان استهلاك لا ضمان عتق، إذا لم يكن لمن يجب له الضمان شركة فى العبد وقت الإعتاق، كما قالوا: فى المكره على العتق، إذا أعتق، رجع على المكره بحكم الاستهلاك لا بحكم العتق؛ لأن العتق غير منقول إلى المكره حتى لم يكن للمكره الولاء، فكذا،ههنا جاز أن يكون هذا الضمان ضمان استهلاك، لا ضمان عتق لما لم يكن لمن وجب له الضمان شركة فى العبد وقت إعتاق المولى.

فإن قيل: إذا اعتبر كل واحد من العبدين ملكًا لرب المال فى حق نفاذ العتق، ففى حق الزكاة يجب أن يعتبرا جميعًا ملكًا للمولى، ولم يعتبرا جميعًا ملكًا للمولى فى حق الزكاة، حتى قالوا: يجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباع العبدين لا زكاة الكل.

قلنا: العبدان جميعًا ملكًا لرب المال لا شركة للمضارب فيه وقت إعتاق رب المال، إلا أنه إن لم يكن للمضارب شركة للحال، فهو بعرض أن يثبت له الشركة فى

الثانى متى استوفى رب المال رأس ماله ، وإذا كان بعرض أن يثبت الشركة للمضارب فى الثانى ، كان ملك رب المال فى ذلك الربع ملكًا ناقصًا ؛ لأنه ربما يستحق عليه فى الثانى ، فأشبه من هذا الوجه مال المديون يكتفى لنفاذ العتق ، ولا يكتفى للزكاة ، لما كان يستحق على المديون فى الثانى ، فكذا هذا ، هذا الذى ذكرنا قول أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قولهما على رواية كتاب المضاربة .

فأما على رواية كتاب العين والدين والصوم : فيصحّ إعتاق رب المال فيهما ، سواء أعتقهما معًا ، أو متفرّقًا ؛ لأن رأس المال على رواية كتاب العين والدين يعتبر شائعًا فيهما عندهما ، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولا بنصف رأس المال ، ونصفه ربحًا ، فكان ثلاثة أرباع العبدين لرب المال النصف رأس ماله ، والربع حصته من الربح ، و ربع كل واحد من العبدين للمضارب ، وإذا كان كذلك كان الجواب عندهما فيه كالجواب فى عبدين بين رجلين ثلاثة أرباع العبدين لأحدهما وربعهما للآخر ، وقد أعتق صاحب ثلاثة الأرباع العبدين جميعًا معًا أو متفرّقًا ، ثمة يعتق كل واحد من العبدين ؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، ثم المعتق ضمن قيمة ربع العبدين للمضارب ، إن كان موسرًا من غير خيار ؛ لأنه ضمان إعتاق ، فإن للمضارب شركة فى العبدين وقت إعتاق المولى ، ولا يرجع به على العبد ، وإن كان معسرًا سعى كل واحد من العبدين فى ربع قيمته للمضارب ، وكان ولاء العبدين للمعتق ، فكذا هذا .

فإن أعتق رب المال أحدهما قبل صاحبه ، فإن الأول حرّ لا سبيل عليه ، وولاءه كله لرب المال فى قول أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأن الكل ملك رب المال ، وقد أعتق جميع العبد ، فيعتق مجّانًا ، ولا يكون له على العبد سعاية ، فإنه أعتق الآخر بعد ذلك يعتق نصفه ، وذلك لأن رب المال لما أعتق أحدهما أولا صار مستوفيًا رأس ماله ؛ لأن ما يستوفيه رب المال من مال المضاربة ، يعتبر أولا من رأس ماله ، وإذا صار مستوفيًا رأس ماله بإعتاق الأول ، تعين الثانى ربحًا ، وصار بينهما أنصافًا ، فحين أعتق رب المال العبد الثانى أعتقه ، ونصفه للمضارب ، فيكون الجواب فى العبد الثانى كالجواب فى عبدين اثنين نصفان أعتقه أحدهما ، فكل جواب عرفته ثمة على قول أبى حنيفة رحمه الله ، فهو الجواب فى العبد الثانى عنده ههنا ، فقد اعتبر ما وجب من الضمان على رب المال فى العبد الثانى متى أعتقهما رب المال متفرّقًا ضمان عتق حتى قال : يختلف باليسار

والعسار، ويرجع بذلك رب المال على العبد فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وفيما إذا أعتقهما رب المال معًا لم يعتبر على ما وجب من رب المال ضمان عتق، وإنما اعتبره ضمان استهلاك حتى قال: يضمن رب المال، موسرًا كان أو معسرًا، وإنما فعل هكذا؛ لأنه متى أعتقها معًا لم يكن للمضارب فيهما شركة وقت الإعتاق، فيعتبر ضمان استهلاك لا ضمان عتق، كما فى العبد المديون والوارث، فأما إذا أعتقهما على التعاقب، فكان للمضارب شركة فى العبد الثانى وقت إعتاق الثانى، ومتى كانت لمن يجب له الضمان شركة وقت الإعتاق يكون ضمان إعتاق.

وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله، وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فكذلك الجواب على رواية هذا الكتاب.

فأما على رواية كتاب العين والدين، و رواية كتاب الصوم: فللمضارب شركة فى العبدين جميعًا وقت إعتاق رب المال، فإنه له الربع من كل واحد منهما؛ لأن رأس المال يعتبر شائعًا بينهما على رواية كتاب العين والدين والصوم، وإذا اعتبر رأس المال شائعًا فيهما، كان الربع من العبدين ملك المضارب، وثلاثة أرباع العبدين لرب المال، ويكون الجواب فيه على قولهما، كالجواب فى العبدين بين اثنين ربعهما لأحدهما، و ثلاثة أرباعهما لآخر، قد أعتق الذى له ثلاثة أرباع العبدين متفرقًا، وهناك يعتق العبدان جميعًا، ويضمن لصاحب الربع ربع قيمة العبدين، إن كان موسرًا، ولا يرجع بذلك على العبدين، وإن كان معسرًا، سعى كل واحد من العبدين فى ربع قيمته، والولاء كله للمعتق فى الحالين، فكذا هذا، فإن زادت قيمتهما، أو قيمة أحدهما بعد ذلك كان العتق باطلا؛ لأنه حين أعتق، لم يكن للمضارب ههنا فيهما شركة، إنما حدث الشركة فيهما، أو فى أحدهما بعد العتق، وإيقاع العتق لا يقف على ملك يحدث من بعد.

١٨٢١٠- هذا إذا اشترى العبدين بألف درهم قيمة كل واحد منهما ألف، فأما إذا اشترى عبدين بألف درهم، قيمة أحدهما ألف درهم، وقيمة الآخر ألفًا درهم، ثم إن المضارب أعتقهما معًا أو متفرّقًا، وهو موسر، يقول على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يصحّ إعتاق العبد الذى قيمته ألف درهم، سواء أعتقهما معًا أو متفرّقًا، إن أعتقهما معًا، فلا إشكال؛ لأن العبد الذى قيمته ألف درهم كله مشغول برأس المال، ليس شيء

منه فارغًا عن رأس المال، فيكون كله ملكًا لرب المال، لا شركة للمضارب فيه، فلا يصح إعتاقه إياه، وكذلك إن أعتقهما متفرّقًا إن أعتق الذى قيمته ألف أولا، فلا شك أنه لا يعتق؛ لما بينّا.

١٨٢١١- وكذا إن أعتقه آخرًا؛ لأنه إعتاق المضارب العبد الذى قيمته ألفًا درهم أولا لم يصر رب المال مستوفيًا رأس ماله، لا حقيقةً ولا حكمًا؛ لأنه لم يعتق إنما أعتق المضارب، فإذا لم يصر مستوفيًا رأس ماله لم يزل الشغل[1] عن الذى قيمته ألف درهم، وبقى كله مشغولا برأس المال بعد إعتاق المضارب العبد الذى قيمته ألفًا درهم، فلم يكن للمضارب شركة حين أعتق الذى قيمته ألف درهم، فلهذا لم يصحّ إعتاق المضارب العبد الذى قيمته ألف درهم، أعتقهما معًا أو متفرّقًا، ويصحّ إعتاقه فى ربع العبد الذى قيمته ألفًا درهم، أعتقهما معًا أو متفرقًا؛ لأن العبد الذى قيمته ألفًا درهم نصفه مشغولا برأس المال، ونصفه فارغ عن رأس المال، فيكون بينهما نصفان، فللمضارب ربع هذا العبد، فيصح إعتاقه فيه، وإذا أعتق ربعه بإعتاقه له انتقضت المضاربة فيه؛ لأنه صار بحال يمكن للمضارب التصرّف فيه، كما لو مات، وبقى العبد الذى قيمته ألف درهم على المضاربة، فإذا أراد رب المال أن يستوفى رأس المال يبيعه المضارب، فيستوفى من ثمنه رب المال؛ لأنه أبدأ، يستوفى رأس ماله من أقرب مال يجده، وذلك ثمن العبد؛ لأنه عين وما وجب فى ذمة المضارب دين، فإذا استوفى برأس ماله ألفًا، صار العبد الذى قيمته ألفًا فارغًا عن الشغل، وكان ربحًا كله بينهما نصفان، فقد أعتق المضارب عبدًا لرب المال نصفه، والمضارب موسر، فثبت لرب المال خيارات ثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله، إن شاء ضمن المضارب بألف درهم؛ لأن حصة رب المال من هذا العبد نصفه، وذلك ألف درهم، فيضمنها المضارب، ثم يرجع على العبد إن شاء بألف وخمسمائة؛ لأنه ضمن ألف درهم لرب المال، فصار نصيب رب المال ملكًا له بالضمان بعد العتق، وما يملكه المعتق بعد الإعتاق لا يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله، فكان له أن يستسعيه فى هذا الألف، و يستسعيه أيضًا فى خمسمائة؛ لأنه حدث للمضارب بعد ما استوفى رب المال رأس ماله زيادة ملك فى العبد بقدر الربع لم يكن ملكًا له وقت الإعتاق.

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و"ف" و"م": الفعل.

وقد ذكرنا أن ما يملكه المعتق بعد الإعتاق، ولم يكن ملكه حال الإعتاق، فإن له أن يستسعى العبد فى ذلك إن شاء، و لا يستسعيه فى الربع الذى كان ملكه وقت إعتاقه، ويكون الوكالة للمضارب؛ لأن الكل عتق من جهة المضارب.

١٨٢١٢- هذا إذا اختار رب المال تضمين المضارب، فإن اختار سعاية العبد يستسعيه فى نصف قيمته؛ لأن حصة رب المال منه النصف، و لم يعتق بإعتاق المضارب، و يستسعى المضارب العبد فى خمسمائة فى الربع الذى ملكه بعد ما استوفى رب المال رأس ماله، ولا يستسعيه فى الربع الذى كان ملكًا له يوم العتق، ويكون الولاء بينهما نصفين؛ لأنه عتق من جهة كل واحد منهما نصفه، وإن اختار رب المال الإعتاق، فإن للمضارب أن يستسعى العبد فى الربع الذى ملكه بعد ما استوفى رب المال رأس ماله، وإن شاء أعتق وأيّا ما فعل كان الولاء بينهما نصفان.

١٨٢١٣- هذا الذى ذكرنا كله إذا كان المضارب موسرًا، فإن كان معسرًا، فإن العبد الذى قيمته ألف لا يعتق، أعتقهما معًا أو متفرقًا لما بينّا، و يصح إعتاقه فى الذى قيمته ألفًا درهم بقدر الربع، أعتقهما معًا أو متفرقًا، وانتقضت المضاربة؛ لأنه خرج من أن يكون محلا للتصرّف، وبقى بالآخر على المضاربة، فإن أراد رب المال أن يستوفى رأس ماله، فإن المضارب يبيع العبد الذى قيمته ألف درهم، ويوفى عنه رب المال رأس ماله، فإذا باعه واستوفى رب المال رأس ماله فرغ العبد الذى قيمته ألفان عن الشغل، وكان كله ربحًا بينهما نصفان، فقد أعتق المضارب عبدًا لرب المال نصفه، وهو معسر، وكان لرب المال خيار إن شاء أعتق نصيبه، وهو النصف، وإن شاء استسعى فى النصف، وللمضارب فى الربع الذى ملكه بعد العتق، واستوفى رب المال رأس ماله خيار إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى؛ لأنه لم يكن مالكًا له يوم العتق إنما ملكه بعد ذلك.

١٨٢١٤- وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله، فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فعلى رواية هذا الكتاب: لا يصح إعتاق المضاربة فى العبد الذى قيمته ألف؛ لأنه مشغول برأس المال كله، ولم يكن للمضارب فيه شركة يوم العتق، فلا يصح إعتاقه، أعتقهما معًا أو متفرقًا.

وأما إعتاقه العبد الذى قيمته ألفان فجائز ؛ لأنه يوم أعتقه مشترك بينه وبين رب المال أرباعًا، فانتقضت المضاربة فيه، و بقى العبد الذى قيمته ألف على المضاربة، و إذا أراد رب المال أن يأخذ رأس ماله يبيع المضارب العبد الذى قيمته ألف على المضاربة، ويستوفى رب المال رأس ماله من ثمنه، وبعد ما استوفى رب المال رأس ماله من ثمنه، صار العبد الذى قيمته ألفان كله ربحًا نصفه للمضارب، ونصفه لرب المال، فإن كان المضارب موسرًا، ضمن لرب المال نصف قيمته ألفًا، و لا يرجع المضارب به على العبد؛ لأن الكل عتق على مذهبهما على المضارب، ولهذا كان الولاء كله للمضارب، وإن كان معسرًا سعى العبد لرب المال فى نصف قيمته، ولا يسعى للمضارب فى شيء؛ لأن الكل عتق عليه حين أعتقه لعدم تجزّئ العتق عندهما، والولاء كله فى الحالين للمضارب.

١٨٢١٥- هذا على رواية هذا الكتاب، وأما على رواية كتاب العين والدين : فإن عتق المضارب فى العبدين جائز؛ لأن رأس المال يصير شائعًا فى العبدين أثلاثًا على رواية كتاب العين والدين عندهما، فكان ثلث كل واحد من العبدين مشغولا برأس المال، وثلثا كل واحد من العبدين فارغًا عن رأس المال، فيكون ربحًا بينهما نصفان، فصار لرب المال من كل عبد ثلثاه، ثلثه رأس ماله، وثلثه حصته من الربح، وللمضارب من كل عبد ثلثه حصته من الربح.

١٨٢١٦- وإذا كان للمضارب شركة فى العبدين بقدر الثلث، نفذ إعتاقه فيهما عندهما، أعتقهما معًا أو متفرقًا إلا أنه إن كان المضارب موسرًا، يضمن ثلثى قيمة كل واحد من العبدين لرب المال من غير خيار، ولا يرجع بشيء منه على العبد، وإن كان معسرًا، فإن رب المال يستسعى كل واحد من العبدين فى ثلثى قيمته، و ليس للمضارب أن يستسعى أحدهما فى شيء، ويكون الولاء كله للمضارب.

١٨٢١٧- هذا إذا أعتقهما المضارب، فأما إذا أعتقهما رب المال، فإن أعتقهما بكلمة واحدة، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : العبد الذى قيمته ألف حرّ كله من غير سعاية؛ لأنه مشغول كله برأس المال، ليس شيء منه فارغًا عنه، فكان بتمامه ملكًا لرب المال، ويعتق كله بإعتاقه إياه من غير سعاية، والعبد الآخر عتق منه ثلاثة أرباعه لا غير؛

لأن نصفه مشغول برأس المال، فيكون ذلك النصف ملكًا لرب المال، ونصفه فارغ من رأس المال، فكان ربحًا بينهما نصفان، وكان لرب المال ثلاثة أرباعه، وللمضارب ربعه، فعتق ما كان نصيب رب المال، ولم يعتق ما كان للمضارب؛ لأن العتق عنده يتجزأ.

١٨٢١٨ - وإذا أعتق العبد الذى قيمته ألف، وعتق من الآخر ثلاثة أرباعه، صار رب المال مستوفيًا من مال المضاربة ألفين وخمسمائة مستهلكًا للمال كله إلا أن ألفًا من ذلك رأس ماله، وألف درهم حصته من الربح؛ لأنه لما استوفى ألف درهم رأس المال، ظهر أن الربح كان ألفى درهم، فيكون نصفه لرب المال وخمسمائة من ذلك حصة المضارب، وقد استهلكها رب المال، فضمنها للمضارب، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان استهلاك لا ضمان إعتاق، فإن المضارب لم يكن مالكًا للربع[1] يوم أعتقه رب المال إنما حدث له الملك فيه بعد الإعتاق حين صار رب المال مستوفيًا رأس ماله، والربع الآخر بقى ملكًا للمضارب، فيكون له خيارات ثلاثة فيما إذا كان رب المال موسرًا، إن شاء، ضمن رب المال قيمة هذا الربع خمسمائة، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق، فإن اختار تضمين رب المال، وضمّنه قيمة هذا الربع خمسمائة، فلرب المال أن يستسعى العبد فى الربع الذى كان ملكًا للمضارب يوم الإعتاق، وإنما حدث له الملك فيه من بعد ذلك؛ لأن الربع الذى كان ملكًا للمضارب يوم الإعتاق، صار ملكًا لرب المال من جهة المضارب بالضمان بعد العتق، فكان له أن لا يزيل ملكه عن هذا الربع مجانًا من غير سعاية.

فأما الربع الذى لم يكن ملكًا للمضارب يوم الإعتاق، وإنما حدث له الملك فيه من حين صار رب المال مستوفيًا رأس ماله، فلم يملكه من جهة المضارب؛ لأن ذلك الربع عتق من جهة رب المال، وإذا عتق بإعتاقه لم يكن له أن يستسعى العبد فيه، ويكون الولاء كله لرب المال؛ لأن الكل عتق من جهته.

وإن اختار الاستسعاء، فإنه يستسعى العبد فى الربع الذى كان ملكًا له يوم الإعتاق؛ لأن هذا الربع لم يعتق بإعتاق رب المال، وبقى ملكًا للمضارب، فكان له أن يستسعى العبد فى ذلك، وليس له أن يستسعيه فى الربع الذى لم يكن ملكًا له يوم

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و"ف" و"م": لهما الربع.

الإعتاق؛ لأن ذلك الربع عتق من جهة رب المال من غير سعاية، فلا يكون للمضارب أن يستسعى العبد فيه، ويكون ولاء العبد الذى قيمته ألفًا درهم بينهما أرباعًا: ثلاثة أرباعه لرب المال، وربعه للمضارب؛ لأنه هكذا حصل العتق من جهتهما.

وإن اختار العتق، فإنه يعتق الربع الذى كان ملكًا له يوم إعتاق رب المال، ولا يعتق الربع الذى لم يكن ملكًا له يوم إعتاق رب المال؛ لأن ذلك عتق من جهة رب المال، وولاء العبد بينهما أرباعًا: ربعه للمضارب، والباقى لرب المال، هذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فعلى رواية هذا الكتاب: العبد الذى قيمته ألف حر كله؛ لأن جميعه مشغول برأس المال على هذه الرواية، وليس شىء منه فارغًا عن رأس المال، وكان كله ملكًا لرب المال لا شركة للمضارب فيه، فقد أعتقه، فيعتق كله من غير سعاية، وكان جميع ولاءه له، والعبد الذى قيمته ألفًا درهم، ثلاثة أرباعه لرب المال، وربعه للمضارب، وقد أعتقه رب المال، فعتق كله؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهما.

١٨٢١٩- وإذا أعتق العبدان، صار رب المال مستوفيًا رأس ماله، وذلك ألف درهم بإعتاق العبد الذى قيمته ألف درهم، وظهر أن العبد الذى قيمته ألفان، كان ربحًا نصفه لرب المال، ونصفه للمضارب، فيضمن رب المال للمضارب ألف درهم إن كان موسرًا، ولا يرجع به على العبد، وإن كان معسرًا، كان للمضارب أن يستسعى العبد فى نصف قيمته، وولاء العبدين كله لرب المال على قولهما.

فأما على رواية كتاب العين والدين: فرأس المال يكون شائعًا فى العبدين أثلاثًا، فيكون ثلث كل واحد من العبدين مشغولا برأس المال، فيكون ملكًا لرب المال، وثلثا كل عبد يكون فارغًا عن رأس المال، فيكون ربحًا بينهما، وكان لرب المال من كل عبد ثلثاه، وللمضارب ثلثه، فإذا أعتقهما رب المال، نفذ إعتاقه فيهما، وكان على رب المال قيمة ثلث كل عبد للمضارب إذا كان موسرًا، وإذا أدى لا يرجع به على العبد، وإذا كان معسرًا يسعى كل عبد فى ثلث قيمته للمضارب، ويكون ولاء العبدين كله لرب المال.

وأما إذا أعتقهما رب المال متفرقًا أحدهما قبل صاحبه، فهذا على وجهين: إما إن

أعتق أولا العبد الذى قيمته ألفان، أو أعتق أولا الذى قيمته ألف، فإن أعتق أولا الذى قيمته ألفان، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يعتق من الأول ثلاثة أرباعه، ولا يعتق ربعه؛ لأن نصفه مشغول برأس المال، فيكون ملكًا لرب المال، ونصفه فارغ عن رأس المال فيعتق، فيكون ربحًا بينهما نصفان: لكل منهما الربع، فكان لرب المال من الذى قيمته ألفان ثلاثة أرباعه، والربع للمضارب، وقد أعتقه رب المال، فيعتق منه نصيبه، ولا يعتق ربع المضارب منه؛ لأن العتق عنده يتجزأ، ويعتق من الذى قيمته ألف وقت الإعتاق النصف؛ لأن رب المال بإعتاق الأول صار مستوفيًا رأس ماله وزيادة، فبقى العبد الآخر ربحًا بينهما نصفان، وكان لرب المال نصفه، فحين أعتق رب المال العبد الثانى، كان نصفه لرب المال، والنصف للمضارب، فيعتق نصف رب المال، ولم يعتق نصف المضارب.

١٨٢٢٠-ثم للمضارب خيارات ثلاثة فى العبدين، إن كان رب المال موسرًا، إن شاء ضمنه ربع قيمة الأول، ونصف قيمة الثانى، وإن شاء أعتق ربع الأول ونصف الثانى، وإن شاء استسعى العبد الأول فى ربعه، والثانى فى نصفه.

فإن اختار تضمين رب المال، فرب المال يرجع على العبد الأول بربع قيمته، وعلى الثانى بنصف قيمته؛ لأن رب المال ملك بالضمان ما كان نصيب المضارب من العبدين، ولم يعتق بإعتاق رب المال، فكان له أن لا يزيل ملكه عنه إلا ببدل، فيرجع بذلك على العبدين، ومتى رجع بذلك عليهما كان ولاءهما كله لرب المال؛ لأن الكل عتق من جهته.

وإن اختار المضارب السعاية، فإنه يستسعى العبد الأول فى ربع قيمته، والعبد الثانى فى نصف قيمته، ويكون ولاء العبد الأول بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه لرب المال، وربعه للمضارب؛ لأن العبد الأول هكذا عتق من جهتهما، وولاء العبد الثانى بينهما نصفان، وكذا إن اختار المضارب إعتاق نصفه من العبدين، كان ولاء العبد الأول بينهما على أربعة أسهم، وولاء العبد الثانى بينهما نصفان، هذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية هذا الكتاب نقول: لما

أعتق العبد الأول كان لرب المال ثلاثة أرباعه، والربع للمضارب، فيعتق كله، ولما أعتق العبد الآخر، كان لرب المال نصفه، وللمضارب نصفه، فيعتق كله أيضًا عندهما.

١٨٢٢١ - ثم رب المال إن كان موسرًا، فإنه يضمن للمضارب ربع قيمة العبد الأول ونصف قيمة الثانى، ولا يرجع رب المال بما ضمن على العبدين، وإن كان رب المال معسرًا، سعى العبد الأول للمضارب فى ربع قيمته، والثانى فى نصف قيمته، وكان ولاء العبدين لرب المال.

وأما على رواية كتاب العين والدين على قولهما نقول: كل واحد من العبدين مشترك بين رب المال والمضارب، لرب المال ثلثاه، وللمضارب ثلثه، فحين أعتق العبد الذى قيمته ألفان أعتقه، وثلثاه لرب المال، وثلثه للمضارب، فعتق كله، وحين أعتق العبد الثانى أعتقه، وقد صار كله ربحًا بينهما نصفين، فقد أعتقه ونصفه له، فعتق كله، وإن كان رب المال موسرًا، ضمن للمضارب ثلث قيمة العبد الأول ونصف قيمة العبد الثانى، وإن كان معسرًا، سعى العبد الأول للمضارب فى ثلث قيمته، وللثانى فى نصف قيمته، والولاء لرب المال.

١٨٢٢٢ - هذا الذى ذكرنا كله إذا أعتق العبد الذى قيمته ألفان أولا، فأما إذا أعتق الذى قيمته ألف أولا نقول على قول أبى حنيفة رحمه الله: لما أعتق العبد الذى قيمته ألف أولا، عتق كله من غير سعاية؛ لأن كله مشغول برأس المال، لا شركة فيه للمضارب، فعتق كله على رب المال من غير سعاية، وحين أعتق الثانى عتق منه نصفه؛ لأن بإعتاق الأول صار العبد الثانى ربحًا كله بينهما نصفين، فيكون الجواب فيه كالجواب فى عبد مشترك بين اثنين أعتقه أحدهما، وكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب ههنا.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية هذا الكتاب: لما أعتق العبد الأول عتق كله؛ لأن جميعه مشغول برأس المال على هذه الرواية، وحين أعتق الثانى كان نصفه لرب المال؛ لأن بإعتاق الأول فرغ الثانى عن شغل رأس المال، فصار ربحًا كله بينهما نصفان، فيكون الجواب عندهما فى العبد الثانى كالجواب فى عبد بين شريكين أنصافًا أعتقه أحدهما، وأما على رواية كتاب العين والدين فنقول: أعتق الأول وثلثاه لرب المال، وثلثه للمضارب، وأعتق الثانى ونصفه للمضارب، ونصفه لرب

المال .

١٨٢٢٣- وإذا كاتب المضارب عبدًا أو أمة من المضاربة ، فهذا على وجهين: إما أن يكون قيمة العبد أو الأمة مثل رأس المال ألف درهم ، أو كان فى القيمة فضل عن رأس المال بأن كان رأس المال ألفًا ، والقيمة ألفى درهم ، فإن كانت القيمة مثل رأس المال ألف درهم ، فإنه لا تجوز كتابة المضارب ، وإذا أدى العبد المكاتبة لا يعتق ، ويكون ما أدى من الكتابة على المضاربة ، وذلك لأن الكتابة ليست من التجارة ؛ لأنها مبادلة مال بما ليس بمال ؛ لأنها عقدت على العتق ، والعتق ليس بمال ، ولا من صنيع التجار ، ألا ترى أنه لا يملكه من هو أعم تصرفًا من المضارب ، وهو العبد المأذون له فلأن لا يملكه المضارب وأنه أخص تصرفًا منه أولى ؛ لأنه لو صحت الكتابة صار حال المكاتب فوق حال المضارب ؛ لأن المكاتب يملك من التصرفات ما لايملكه المضارب ، والمكاتب مأذون فى جهة المضارب ، ولا يجوز أن يصير حال المأذون فوق حال الإذن ، وإذا لم تدخل الكتابة تحت المضاربة ، صار الحال بعد المضاربة كالحال قبلها ، وقبل المضاربة لو كان عبدًا لرب المال ، لا تصح كتابته .

١٨٢٢٤- وإذا ادعى العبد بدل الكتابة قبل إجازة رب المال ، لا يعتق ، وتكون المكاتبة كسب عبده ، فكذلك إذا لم تصح كتابة المضارب كان ما اكتسبه العبد كسب عبد المضاربة ، فيكون على المضاربة .

١٨٢٢٥- وإن كان فى القيمة فضل على رأس المال ، بأن كانت القيمة ألفى درهم ، وكاتبه على ألف درهم ، فإنه تصح كتابته فى حصته ، وهو الربع عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولا تصح الكتابة فيما كان منه نصيب رب المال ؛ لأن للمضارب شركة فى العبد بقدر الربع ، فتصح الكتابة بقدر حصته ، وهو الربع لا غير عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأن الكتابة عنده تتجزأ ، إلا أن لرب المال أن ينقض الكتابة دفعًا للضرر عن نفسه ؛ لأن الكتابة تحتمل الفسخ ، بخلاف العتق والتدبير ؛ لأنهما لا يحتملان الفسخ ، وبخلاف البيع فإن لا ضرر فيه على الآخر ، فإن لم ينقض رب المال الكتابة حتى أدى العبد جميع بدل الكتابة ، فإنه تعتق حصة المضارب عند أبى حنيفة رحمه الله لا غير ، وعندهما يعتق الكل ، وما قبض المضارب من بدل الكتابة ، فإنه يسلّم له ربع ذلك ،

وثلاثة أرباع الكتابة تكون على المضارب عندهم جميعًا .

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله : فلا إشكال ؛ لأن الكتابة عنده تتجزأ ، وإنما صحت الكتابة بقدر الربع لا غير ، وهو حصة المضارب ، والثلاثة الأرباع بقى عبدًا ، فيكون كسب عبد المضاربة ، وعلى قولهما : إن صار الكل مكاتبًا إلا أن الكتابة لم تكن مستقرة ، فإن لرب المال فسخها ، وبالأداء إن استقرت المال[1] إلا أن الاستقرار فى نصيب المضارب استند إلى وقت الكتابة ؛ لأنها حصلت من المالك فى حصة المضارب ، وفى الثلاثة الأرباع لم يستند الاستقرار إلى حالة الكتابة ، بل اقتصر على حالة العتق ؛ لأنه لم يحصل من المالك ، وإذا لم يستند الإقرار إلى وقت الكتابة فيما كان حصة رب المال عندهما ، واستند الإقرار إلى وقت الكتابة فيما كان حصة المضارب ، ظهر أن ربع ذلك إنما حصل منه حال استقرار الكتابة ، فكان كسب المكاتب يسلم للمضارب من جهته ، ولما لم يستند الإقرار إلى وقت الكتابة فى حصة رب المال ، كان ما اكتسب من الثلاثة الأرباع حاصلا حال مكان الكتابة غير مستندة ، فلا يكون كسب المكاتب ، فيكون على المضاربة .

١٨٢٢٦- وإذا أعتق حصة المضارب انتقضت المضاربة ؛ لأنه خرج العبد من أن يكون محلا للتصرف ، فيستوفى رب المال رأس ماله من ثلاثة أرباع المكاتبة ؛ لأنه يستوفى أبدًا رأس ماله من أقرب مال يجده من مال المضاربة ، وهو ثلاثة أرباع المكاتبة ؛ لأن الضمان الذى يجب على المضارب ، أو السعاية على العبد دين ، وثلاثة أرباع المكاتبة عين ، فإذا استوفى رأس ماله من ثلاثة أرباع المكاتبة بقى خمسمائة ، والعبد كله ربح ، فيكون الخمسمائة بينهما نصفان ، والعبد بينهما نصفان ، وكان لرب المال نصف العبد ، وللمضارب نصفه ، فقد حدث للمضارب زيادة شركة بقدر الربح لم يكن ملكًا له يوم الإعتاق ، إنما حدثت له بهذه الزيادة بعد الإعتاق حين استوفى رب المال رأس ماله ، فلا يعتق هذا القدر على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما عرف ، ويكون لرب المال فى نصيبه عند أبى حنيفة رحمه الله خيارات ثلاث إن كان المضارب موسرًا .

فأما إذا أعتق المضارب عبدًا من المضاربة قيمته مثل رأس المال ، أو أقل على ألفى

---

(١) هكذافى ظ ف وم ، وكان فى الأصل : "استقر المال" .

درهم، فإن عتقه باطل كما لو أعتقه بغير مال، وقد مرّت المسألة من قبل، وإن كان قيمة العبد أكثر من رأس المال، بأن كانت ألفى درهم، ورأس المال ألف درهم، فأعتقه المضارب على ألف درهم، عتق من العبد نصيب المضارب خاصة عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: يعتق جميع العبد؛ لأن للمضارب شركة فى هذا العبد حتى لو أعتقه بغير مال، فقد عتق نصيبه لاغير عنده، وعندهما: يعتق الكل، فكذا إذا أعتقه على مال وسلم للمضارب من بدل العتق حصته، وهو الربع، وما بقى يسلم للعبد، ولا يكون على المضاربة؛ لأن بدل العتق كسب المكاتب عند أبى حنيفة رحمه الله حصل فى حال استقرار الكتابة، فيكون كسب المكاتب، وعندهما: كسب حر مديون.

قالوا: هذا إذا قال المضارب للعبد: أعتقتك على ألف درهم، وقبل العبد ذلك حتى صار حرًا بنفس القبول، أو مكاتبًا حتى يكون ما اكتسبه بعد ذلك كسب مكاتب، أو كسب حر مديون، فيسلم للمضارب قدر حصته من ألفى درهم، وما بقى بعد حصته فى يد العبد يسلم للعبد، ولا يكون على المضاربة عندهم جميعًا؛ لأنه كسب المكاتب عند أبى حنيفة رحمه الله حصل منه فى حال استقرار الكتابة، فإنه ليس لرب المال فسخ هذه الكتابة عند أبى حنيفة رحمه الله، فيكون كسب المكاتب، وعندهما كسب جزء مديون، فأما إذا قال المضارب للعبد: إن أديت إلى ألفين فأنت حر، فأدى العبد ألفى درهم، وعتق حصة المضارب من العبد، فإن جميع ما أخذه من العبد يكون على المضارب؛ لأنه كسب عبد المضاربة، فيكون على المضاربة، فيأخذ رب المال من ذلك رأس ماله، والباقى ربح، فيكون بينهما على ما شرط.

١٨٢٢٧- قال محمد فى "الجامع الصغير": رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها جارية تساوى ألف درهم، فوطئها فولدت ولدًا يساوى ألف درهم، فزعم المضارب أنه ابنه، ثم زاد قيمة الغلام، فصارت ألفًا وخمسمائة، والمضارب موسر، فإن شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه، فإذا قبض رب المال ألف درهم من الغلام، ضمن المضارب نصف قيمة الجارية، هكذا ذكر المسألة فى "الجامع الصغير"، فنقول: نتكلم أولا فى المسألة قبل ازدياد قيمة الغلام، ونبين حكم المسألة، ثم نبنى عليه ما ازداد قيمة الغلام.

قال محمد رحمه الله في مضاربة "الأصل" في باب عتق المضارب العبد: وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها جارية تساوى ألفًا، فولدت ولدًا يساوى ألفًا، فادعاه المضارب، وكذبه رب المال، فإن دعوته باطلة، والمضارب ضامن لعقر الجارية، فيكون في المضاربة وللمضارب أن يبيع الجارية والولد، قوله: دعوة المضارب باطلة قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية مضاربة الأصل، وذلك لأن الجارية والولد كل واحد منهما مشغول برأس المال؛ لأن الرقيق بمنزلة الأجناس المختلفة على قول أبي حنيفة رحمه الله على الروايات كلها، وعلى قولهما على رواية مضاربة الأصل الرقيق أجناس مختلفة، إلا أن يرى القاضي الصلاح في الجمع في القسمة، فحينئذٍ يعتبر جنسًا واحدًا، أما قبل رؤية القاضي ذلك فهي أجناس مختلفة.

والأصل عندهم أن مال المضاربة إذا كان من جنسين مختلفين، وقيمة كل واحد منهما رأس المال، يعتبر كل واحد منهما مشغولا بجميع رأس المال كأنه ليس معه غيره؛ لما مر، فصار الجارية مع الولد مشغولين برأس المال، فلم يكن للمضارب شركة وقت الدعوة، لا في الجارية ولا في الولد، إنما له مجرد حقّ التصرف فيهما لا غير، وهو حقّ البيع، ولو كان للمضارب حقّ ملك فيهما، كان لا يصح دعوته لتضمنها إبطال حقّ صاحب الجارية والولد عنهما كما قالوا في المولى: إذا ادعى ولد أمة مكاتبة لم يصح دعوته، وإن كان للمولى فيها حقّ ملك؛ لأنه متى صحت دعوته بطل حقّ المكاتب عن الولد وعن الجارية؛ لأن الدعوة متى صحت بسبب ملك اليمين، يثبت للجارية حقّ الحرية، وصار الولد بمثل حال الوالد، والمستولد ههنا حر، فيصير الولد بمثل حاله حرا، فيبطل حقّ رب المال عن الجارية والولد، وإذا لم تصح دعوة مولى المكاتب ولد أمته إذا كذبه المكاتب؛ لأنه يتضمن إبطال حقّ المكاتب عن الولد، فلأن لايصح دعوة المضارب وقد تضمن دعوته بطلان حقّ المولى عن الولد، وليس للمضارب حقّ ملك، وإنما له حقّ التصرف فيها أولى أن لا تصح دعوته.

١٨٢٢٨-فرق بين المضارب والعبد المأذون، فإن العبد المأذون إذا ادعى ولد أمة من كسبه، صحت دعوته، وللعبد المأذون في كسبه حقّ التصرف واليد كما في المضارب، وحقّ المضارب في التصرف واليد آكد من حقّ العبد؛ لأن ما للعبد من

التصرف واليد مما يملك المولى الإبطال عليه بالحجر والنهى، وما للمضارب من التصرف لا يملك رب المال الإبطال بالنهى، ويثبت للمضارب شركة فى الربح بالتصرف ولا يثبت للعبد شركة فى الربح بالتصرف، فكان حقّ المضارب التصرف واليد آكد من حقّ العبد، ثم جوز دعوة المأذون ولم يجوّز دعوة المضارب.

١٨٢٢٩-والفرق أن دعوة العبد لأنه من حقّ التصرف واليد فى الجارية والوليد لا يضمن[1] دعوته إبطال حقّ المولى عن الجارية والولد؛ لأن الدعوة متى صحت بسبب ملك اليمين، يصير الولد بمثل حال المستولد؛ إلا أن المستولد عبد، فيصير الولد بمثل حاله عبداً، فلا يبطل حقّ المولى عن الولد، ولا عن الجارية متى يثبت نسب الولد العبد، فصحت دعوته لما له من اليد وقت التصرف فى كسبه، أما لو صح دعوة المضارب لما له من حقّ التصرف واليد فى الجارية والولد، أدى إلى إبطال حقّ رب المال عن الولد؛ لأن الدعوة متى صحت بسبب ملك اليمين، يصير الولد بمثل حال المستولد، والمستولد حر، ولحقّ الملك لا تصح دعوة المدعى بأن تضمن إبطال حقّ صاحب الولد عن الولد كما فى كسب المكاتب ههنا أولى، وإذا لم تصح دعوة المضارب إذا أكذبه رب المال، ضمن عقر الجارية؛ لأنه بالدعوة حصل مقرّا بوطء الجارية، والوطء الحرام فى دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر، ولم يجب الحد لما له من حقّ مستحقّ فى العين، وهو حقّ التصرف، كما لو كان له شركة فى الجارية.

وإذا سقط الحد للشبهة وجب العقر، ويكون العقر فى المضاربة؛ لأن العقر بدل جزء من أجزاء الجارية، فيكون للمضاربة[2] كالأرش، وللمضارب أن يبيع الجارية وولدها؛ لأن الدعوة لما لم يصح من المضارب، لم يحدث فيهما ما يمنع المضارب من التصرف، فبقيا على المضاربة، فكان للمضارب بيعهما، وكان بمنزلة ما لو أعتقهما المضارب، وبطل إعتاقه فيهما كان للمضارب بيعهما، فكذا هذا.

فإن لم يبع واحداً منهما حتى زادت قيمة الجارية، فصارت تساوى ألفين، فإن الجارية تصير أم ولد للمضارب، وهو ضامن حصة رب المال من الجارية، وتلك ألف

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "لا يتضمن".

(٢) وفى الأصل: "للجارية".

وخمسمائة، وذلك لأنه لما صارت قيمتها ألفى درهم، فقد حدث للمضارب فيها شركة بقدر الربع .

١٨٢٣٠- ولو ادعى هذا الولد أجنبى، وأبهم الدعوة، ثم حدث له فى الجارية شركة بقدر الربع، صارت الجارية كلها أم ولد له، وضمن حصة شريكه، وإن لم يكن للأجنبى فيها حقّ التصرف وقت الدعوة، وحمل قوله إذا كانت مبهمة على أنه استولدها بنكاح أو شبهة نكاح، فإذا حدثت الشركة فيها للمضارب بعد الدعوة بقدر الربع، والدعوة من المضارب كانت مبهمة؛ لأن تصير الجارية أم ولد له، وكان للمضارب حقّ التصرف فيها وقت الدعوة أولى وأحرى، وإذا صحت دعوته بعد ما حدث فيها شركة بقدر الربع، صارت الجارية كلها أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهم جميعًا إذا كانت الجارية بمحل النقل من ملك إلى ملك؛ لأنها نتيجة النسب، والنسب لا يتجزأ، فكذا الاستيلاد، فصارت الجارية كلها أم ولد له، وضمن حصة صاحب الجارية، وذلك ثلاثة أرباعها ألفًا وخمسمائة موسرًا كان المضارب أو معسرًا عندهم جميعًا؛ لأنه ضمان تملك؛ لأن المضارب يملك نصيب رب المال رقبة ومنفعة، أما رقبة فلأنه لو أعتقها ينفذ عتقه فى الكل، وأما منفعة فلأنه يملك وطءها وتزويجها وإجارتها، فكان ضمان تملك من هذا الوجه، وإنه لا يختلف باليسار والعسار، بخلاف ضمان العتق؛ لأن المعتق إن كان يملك نصيب صاحبه رقبة عند أبى حنيفة رحمه الله لا يملك منفعة، فإنه لا يملك الانتفاع به، والمقصود من ملك الرقبة الانتفاع، فكأنه لم يتملك شيئًا باعتبار المنفعة، فلم يكن ضمان تملك، وعندهما لا يملك شيئًا، فاختلف باليسار والعسار، وأما الولد رقيق على حاله ما لم يؤد المضارب ما عليه من قيمة الأم، أو يأخذ رب المال شيئًا من العقر؛ لأنه[1] ما لم يستوف ما على المضارب من قيمة الأم والعقر، لا يحدث للمضارب شركة فى الولد، فيبقى الولد رقيقًا على حاله، وكان بمنزلة ما لو ادعى أجنبى هذا الولد ثم ملك الجارية، ولم يملك الولد، صارت الجارية أم ولد له، وبقى الولد رقيقًا، فكذا هذا، وإذا بقى رقيًا كان للمضارب بيعه، فإن لم يبعه حتى صار يساوى ألفين، فإن الولد يصير ابن المضارب، ويعتق ربعه فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: يعتق الكل، ولا ضمان على المضارب فى الولد، وإنما على الولد السعاية، وإن كان

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "لأنه لم يستوف".

المضارب موسراً .

وإنما كان كذلك ؛ لأنه لما صار قيمة الولد ألفي درهم ، فقد حدث للمضارب شركة في الولد بقدر الربع ، فعتق ربعه ؛ لأن تملك القريب إعتاق ، فعتق لرب المال ، وإن كان موسراً ؛ لأن الولد إنما يعتق على المضارب بالدعوة والملك جميعًا ، يضاف العتق إلى آخرهما وجودًا على ما عرف ، وآخرهما وجودًا الملك ، وقد ثبت بغير صنع في العتق ، لم يضمن شيئًا ، وكان بمنزلة رجلين ورثا عبدًا وهو قريب أحدهما ، وعتق على القريب نصيبه ، فإن القريب لا يضمن نصيب الأجنبي موسرًا كان أو معسرًا ، ولكن يسعى الولد عندهما ، فكذا هذا .

١٨٢٣١-وإذا عتق من الولد ربعه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما : عتق كله ، ذكر أن رب المال يأخذ من المضارب ألف درهم رأس ماله إذا كان المضارب موسرًا لا من سعاية الولد ؛ لأن رب المال بدأ يأخذ رأس المال من أقرب مال يجده من مال المضاربة ، وأقرب مال يجده من مال المضاربة ما وجب[1] على المضارب من قيمة الجارية ؛ لأن ما وجب عليه معجل وهو موسر ، فأمر على أداء ما وجب عليه للحال ، والسعاية على الولد تجب مؤجلا ، فكان ما وجب على المضارب أقرب حصولا من السعاية ، وإذا استوفى ذلك من المضارب ، فما بقي من قيمة الجارية ، وعقرها على المضارب ، ويكون ربحًا ، وبقي الولد ربحًا كله ، وإذا صار الابن مع ما بقي من قيمة الأم والعقر ربحًا كله ، ذكر أن ما بقي من قيمة الأم والعقر ربحًا يختص به رب المال ، وإن كان العقر مائة درهم ، يجعل ذلك كله لرب المال ، فيؤدي المضارب ذلك إلى رب المال .

فالحاصل أن المضارب في هذه الصورة يضمن لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم ، وعقرها مائة درهم ، فيصير رب المال مستوفيًا من ذلك ألف درهم رأس ماله ، ويصير مستوفيًا ألفًا ومائة ربحًا ، ثم يجعل للمضارب من الولد مثل ما استوفى من الربع ، وذلك ألف ومائة ، فيعتق من الولد بقدر مائة وألف ؛ لأن مائة وألفًا من الولد حصة المضارب ، فيعتق على المضارب من غير سعاية ، بقي من الولد تسعمائة ربحًا ، فيكون بين رب المال والمضارب نصفان ، فيكون للمضارب من ذلك نصفه ، وذلك

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم : "من مال المضاربة أوجب على المضارب" .

أربعمائة وخمسون، فيعتق من الولد بقدر أربعمائة وخمسين من غير سعاية، وذلك عشرا الولد وربع عشره؛ لأن عشره مائتان؛ لأن قيمته ألفان وعشر ألفين مائتان، فأربع مائة تكون عشرى الولد وخمسون ربع عشره، ويسعى الولد فى أربعمائة وخمسين درهما لرب المال، وذلك عشرا الولد وربع عشره.

فإذا أدى الولد ذلك إلى رب المال، عتق الولد كله، وكان لرب المال من ولاء الولد عشراه وربع عشره، وللمضارب سبعة أعشاره وثلاثة أرباع عشره؛ لأن الولد عتق عليهما من جهتهما[1] كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله عتق على المضارب سبعة أعشاره وربع عشره وثلاثة أرباع عشره، وعتق على رب المال من الولد عشراه وربع عشره، فيكون الولاء بينهما على هذه السهام، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمه الله: الولاء كله للمضارب؛ لأن الولد عتق كله من جهة المضارب؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، فقد جعل ما بقى من قيمة الأم والعقر من الربح لرب المال، ولم يجعل ذلك بين رب المال وبين المضارب أنصافًا، وجعل مثل ذلك من الولد للمضارب، ولم يجعل جميع الولد بينهما نصفين، هكذا ذكر فى هذه المسألة.

١٨٢٣٢- وذكر فى مسألة ذكرها فى آخر الباب الذى مرّ لقبه، وجعل ما بقى من قيمة الأم من الربح بينهما نصفين، ولم يجعل رب المال أحقّ بذلك، وجعل الولد بينهما نصفين، فإنه قال فى آخر الباب الذى مر لقبه: المضارب إذا اشترى برأس مال المضاربة جارية تساوى ألفًا، ثم إنها ولدت ولدًا يساوى ألفًا، وادعى المضارب الولد، فإن دعوته باطلة، والمضارب ضامن للعقر، فإن كان العقر مائة، واستوفاها رب المال من المضارب يحسب من رأس المال، وإذا حوسب مائة من رأس المال بقى من رأس المال تسعمائة، فظهر للمضارب شركة فى الولد وفى الجارية فى كل واحد منهما بقدر خمسين؛ لأن تسعمائة من كل واحد منهما مشغول برأس المال ومائة فارغة عن رأس المال، فيكون ربحًا بينهما نصفين، فحصل للمضارب شركة فى الجارية بقدر خمسين، وفى الولد بقدر خمسين، وذلك نصف عشرة لا غير عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما عتق الولد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، ثم يأخذ رب المال من المضارب ما بقى من رأس ماله،

(١) وفى الأصل: "حصتهما".

وذلك تسعمائة من قيمة الأم ربحًا، وبقى من تمام قيمة الأم مائة.

قال: هذه المائة نصفان بينهما لكل واحد منهما خمسون، والولد بينهما نصفان، فيعتق نصف الولد، ويسعى فى نصف قيمته، وذلك خمسمائة لرب المال، فلم يجعل ما بقى من قيمة الأم من الربح، وذلك مائة لرب المال خاصة حتى يصير للمضارب من الولد بقدر مائة، ثم يكون ما بقى من الولد بينهما، فيعتق من الولد بقدر خمسمائة وخمسين، وإن كان فى ذلك تكثير العتق للولد، وتقليل السعاية عنه، وجعل رب المال ههنا أحقّ بما بقى من قيمة الأم والعقر من الربح لتكثر حرية الولد، وتقل السعاية عن الولد.

حكى عن عيسى بن أبان رحمه الله قال: الصحيح ما ذكر فى مسألة آخر الباب، وما ذكر ههنا خطأ لا يستقيم، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر، ووجه ذلك أن ما بقى من قيمة الأم والعقر ربح، والولد ربح، وموجب المضاربة أن يكون كل جزء من أجزاء الربح بين رب المال والمضارب على ما اشترطا، ولا يكون أحدهما أحقّ ببعض الربح بعينه دون آخر، فلا يجوز تغيير هذا الموجب.

ومن مشايخنا من قال بعد هذا فى المسألة روايتان، ما ذكر فى مسألة آخر الباب تكون رواية ههنا أن ما بقى من قيمة الأم والعقر من الربح لا يختص به رب المال، بل يكون بينه وبين المضارب نصفين، والولد كذلك، وما ذكر ههنا يكون رواية فى مسألة آخر الباب أن ما بقى من قيمة من الربح يختص به رب المال، ويختص المضارب بقدر مائة من الولد حتى تكثر حرية الولد، وتقل السعاية عن الولد، ففى المسألتين جميعًا روايتان، وكان الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخى يقول فى المسألة قياس واستحسان، القياس أن ما بقى من قيمة الأم والعقر من الربح بينهما لا يختص به رب المال، وفى الاستحسان: يختص به رب المال، والمضارب يختص بهذا القدر من الولد استحسانًا.

وجه القياس فى ذلك أن ما بقى من قيمة الأم والعقر ربح، والولد ربح، وموجب المضاربة أن يكون جميع الربح شائعًا بين رب المال وبين المضارب على شرطهما، ولا يخص أحدهما ببعض الربح دون الآخر، فمتى جعلنا أحدهما أحقّ ببعض الربح بعينه

دون الآخر، فقد غيرنا موجب المضاربة، وهذا لا يجوز، فهذا وجه القياس، وإنه ظاهر.

وللاستحسان طريقان: أحدهما: أنه ليس فى المضاربة نص من جهة الشرع، ولا من جهة المتعاقدين يوجب أن يكون حقّهما فى الربح شائعًا، وإنما يعتبر حقّهما فى الربح شائعًا بحكم المعارضة فيما عدا هذا الموضع من حيث إنه ليس بعض الربح بعينه، بأن يجعل لأحدهما بأولى من الآخر، فيعتبر حقّهما فيه شائعًا بحكم المعارضة والمزاحمة، وقد وجد ههنا ما يوجب اختصاص رب المال بما بقى من قيمة الأم والعقر، فيختص به.

بيانه: إنا متى جعلنا ما بقى من قيمة الأم والعقر من الربح لرب المال خاصة، تكثر حرية الولد، وتقل السعاية عنه؛ لأنه حينئذٍ يعتق من الولد من غير سعاية سبعة أعشاره وثلاثة أرباع عشره، ويسعى الولد[1] فى عشريه وربع عشره، ومتى اعتبرنا حقّهما شائعًا فى جميع الربح، وقسمنا ما بقى من قيمة الأم والعقر بينهما نصفين، والولد نصفين، يعتق منه نصفه، ويسعى فى نصف قيمته، فكان جعل ما بقى من قيمة الأم والعقر لرب المال معنى يكثر حرية الولد، وتقل السعاية عنه، ولم يوجد منه الصنع بالتزام السعاية أولى.

ونظير هذا ما قال علماءنا رحمهم الله فيمن باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وثلاثة أكرار شعير يصرف الجنس إلى خلافه، وإن كان فيه تغيير موجب العقد فى قسمة البدل؛ لأنه ليس فى العقد نص من جهة الشرع، ولا من جهة المتعاقدين من حيث القسمة على سبيل الشيوع، وإنما قسم بعض الأبدال على البعض شائعًا فى غير هذا الموضع بحكم المعارضة والمزاحمة، فإنه ليس بعض الأبدال بأن يوزع عليه بدل بعينه بأولى من الآخر، فإذا صار القسمة على سبيل التعين أولى بأن كان فى القسمة على سبيل التعيين جواز العقد، وفى القسمة على سبيل الشيوع فساد العقد، اعتبرنا القسمة على سبيل التعيين، فكذا هذا.

وكان القياس والاستحسان نظير القياس والاستحسان ثمة، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخى رحمه الله، فأما مسألة آخر الباب ففيها جوابان

(١)وفى الأصل: "ولا يسعى الولد".

على هذه الطريقة : أحدهما : أن يقال : ما ذكر فى مسألة آخر الباب جواب القياس ، وما ذكر فى هذه المسألة جواب الاستحسان ، وفى الاستحسان فى مسألة آخر الباب ما بقى من المائة من قيمة الجارية من الربح يختص به رب المال ، كما فى هذه المسألة . والثانى : أن فى مسألة آخر الباب إما لم يترك القياس ، وجرى على ما يقتضيه مطلق المضاربة ؛ لأن ما يحصل للولد من زيادة حرية متى اختص رب المال بما بقى من المائة من قيمة الجارية قدر نصف العشر ، فإنه متى اختص رب المال بالمائة ، يعتق من الولد خمسمائة وخمسون ، ومتى لم يختص رب المال بتلك المائة ، يعتق من الولد خمسمائة ، فإنما يكثر حرية الولد بقدر خمسين ، وإنه من الألفين قليل ؛ لأن هذا القدر مما يتغابن الناس فيه ، وما يتغابن الناس فيه يجعل وجوده وعدمه بمنزلة ، فلم يتغير موجب المضاربة لأجله ، وأما فى مسألتنا هذه متى اختص رب المال بما بقى من قيمة الأم والعقر ، يعتق من الولد سبعة أعشاره وثلاثة أرباع عشره على ما بينا ، ومتى جعلنا ما بقى من قيمة الأم بينهما نصفان والولد نصفان ، يعتق من الولد خمسة أعشاره ، فما ازداد للولد من الحرية على طريقة الاستحسان عشراه وثلاثة أرباع عشره ، وذلك من ألفين خمسمائة وخمسون ، وإنه كثير من الألفين ؛ لأنه مما لا يتغابن الناس فى مثله ، فلابد من اعتباره .

والطريق الثانى للاستحسان عند بعض مشايخنا : أن فى هذه المسألة إنما جُعل رب المال أحقّ بما بقى من قيمة الأم ، والعقر من الربح نفيا للضرر عن رب المال ، وذلك لأنا إذا جعلنا ما بقى من قيمة الأم والعقر بينهما نصفين ، يسعى الولد لرب المال فى نصف قيمته ، فيزداد حقّه فى السعاية قبل الولد ، ومتى جعلنا لرب المال ما بقى من قيمة الأم والعقر ، ولم يجعل ذلك بينهما نصفين ، والولد بينهما نصفين ، يكثر حقّ رب المال قبل المضارب ، ويقل حقّه فى السعاية ، والسعاية تكون مؤجلة ، وقد يخرج وقد يتوى وما يأخذ من المضارب معجل ، وهو قادر على الأداء إذا كان موسرًا ، فكان فى تكثير حقّه فى السعاية قبل الولد ضرر على رب المال ، وفى تكثير حقّه قبل المضارب نفى الضرر عنه ؛ لأن حقّه فى بعض الربح يصل إليه للحال ، وهذا الضرر إنما يلحقّه بسبب الولد ، ولم يوجد من رب المال صُنع فى عتق الولد ، وإنما وجد الصنع من المضارب ، وهو الدعوة ، فكان إلحاق ضرر حصل بسبب العتق بالمضارب ، وقد وجد منه صنع فى تحصيل العتق أولى من إلحاقه برب المال ، ولم يوجد منه صنع فى تحصيل العتق أصلا ،

بخلاف مسألة آخر الباب، فإن هناك ما بقى من الربح من قيمة الأم يكون بينهما نصفين قياسًا واستحسانًا، وإن كان يزداد حقّ رب المال فى السعاية قبل الولد، ويقل قبل المضارب، وفى ذلك ضرر على رب المال من الوجه الذى بينا، وهذا الضرر إنما يلحقه بسبب عتق الولد، إلا أنه وجد من رب المال صُنع فى تحصيل عتق الولد فى مسألة آخر الباب، فإن الولد إنما عتق بسبب قبضه العقر أولا، وأنه نختار فى ذلك، وقبض العقر صنع من رب المال، ولما وجد صنع فى تحصيل العتق، جاز إلحاق ضرر العتق به، فلهذا قال فى مسألة آخر الباب قياسًا واستحسانًا أن رب المال لا يصير أحقّ بما بقى من قيمة الأم.

١٨٢٣٣- هذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله، وقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية هذا الكتاب، فأما على رواية كتاب العين والدين فدعوة المضارب صحيح؛ لأن له شركة فى الجارية، فإن رأس المال يعتبر شائعًا، فيصير نصف كل واحد منهما مشغولا برأس المال، ونصفه فارغًا عن الشغل، فيكون ربحًا بينهما نصفان، فيكون للمضارب شركة فى الولد والجارية بقدر الربح، فيصح دعوة المضارب، ويضمن نصيب رب المال من الجارية موسرًا كان أو معسرًا، ونصفه من العقر، ويعتق الولد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، ولايضمن المضارب شيئًا من قيمة الولد وإن كان موسرًا؛ لما ذكرنا، ولا سعاية على الولد، فإنه ادعى ولد جارية مشتركة؛ لأن الولد حدث مشتركًا متى اعتبر رأس المال شائعًا فيهما، ومن ادعى ولد جارية مشتركة، والجارية محل النقل من ملك إلى ملك، يكون الولد حرا من غير سعاية، ولا يضمن المستولد شيئًا.

١٨٢٣٤- هذا الذى ذكرنا إذا كان المضارب موسرًا، فإن كان معسرًا لا يقدر على أداء ما لزمه من ضمان قيمة الجارية، فأراد رب المال أن يستسعى الجارية فى رأس ماله، وحصته من الربح، لم يكن له ذلك؛ لأنها أم ولد، ولا سعاية على أم الولد بدين وجب على المولى، ولم يكن متعلقًا بها لوجهين:

أحدهما: أن كسب أم الولد مملوك للمولى، فيكون فى إيجاب السعاية عليها

بدين على المولى تعيين[1] شيء لقضاء الدين لم يكن حقّه متعلقًا به، والتعيين إلى المديون لا إلى رب الدين.

والثاني: أن إيجاب السعاية على أم الولد مما يؤدى إلى إلحاق الضرر، إما بالجارية أو بالمستولد، وذلك لأنها إذا سعت لا يخلو إما يعتق نصيب الساكت بأداء السعاية للحال أو لم يعتق، إن لم يعتق تضرّرت الجارية[2]؛ لأن السعاية وجبت عليها من غير أن حصل لها حقيقة العتق، وإن عتق نصيب الساكت للحال تضرر المستولد من وجهين عند أبي حنيفة رحمه الله: أحدهما: أن نصف المستولد يعتق من غير سعاية؛ لأن أم الولد متى عتق بعضها عتق كلها بغير سعاية عند أبي حنيفة رحمه الله، والثاني: أن المستولد استحقّ إبقاءها إلى وقت الموت، وقد فات هذا الحقّ على المستولد متى عتق منها نصيب الساكت، فكان في إيجاب السعاية ضرراً من وجهين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما من وجه واحد، وهو الوجه الثاني، فلهذا لم يكن على أم الولد سعاية بسبب ما حصل لها من حقّ الحرية بخلاف معتق البعض، فإن الشرع أوجب عليه السعاية، وفي ذلك تحصيل حقيقة العتق له، وليس إذا وجب السعاية لتحصيل حقيقة العتق ما يدل على أنها تجب بسبب عتق غير تحصيل حقيقة العتق، فلهذا لم يكن على الجارية سعاية.

وإنما كانت السعاية على الولد؛ لأن الولد معتق البعض، وعلى معتق البعض السعاية، وإذا وجبت السعاية على الولد في كم يستسعيه، ذكر أنه يستسعيه في ألف وخمسمائة، ألف رأس ماله وخمسمائة ربح؛ لأنه تعذر استيفاء رأس المال من المضارب لكونه معسرًا، وأمكن من الولد، فيستوفي دينه رأس ماله، وحصته من الربح، وذلك ألف وخمسمائة.

١٨٢٣٥-فرق بين هذا وبينما إذا كان المضارب موسرًا، فإنه ذكر أن الولد يسعى على طريقي الاستحسان في عشريه وربع عشره، وذلك لأنه متى كان المضارب موسرًا يستوفي رب المال رأس ماله مما وجب على المضارب؛ لأن ما وجب على المضارب معجل، وأنه قادر على الأداء إذا كان موسرًا، وما وجب على الولد مؤجل، فإذ

---

(١) وفي الأصل: "بتعيين" وفي م: "بقدر".

(٢) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "رب الجارية".

استوفى رأس ماله، بقى ألف درهم من قيمة الجارية، وعقر الجارية مائة درهم ربحًا، والولد ربح يجعل ما بقى من قيمة الأم والعقر لرب المال، وجعل مثل ذلك من الولد للمضارب استحسانًا للوجهين اللذين ذكرنا، فبقى من الولد تسعمائة بين المضارب ورب المال نصفان، فيكون لرب المال نصفها أربعمائة وخمسون، وبقى عشر الولد وربع عشره، وإذا سعى الولد فى ألف وخمسمائة وأدى، كان ولاء الولد بينهما على أربعة أسهم، ثلاثة أسهم لرب المال، وسهم للمضارب؛ لأنه هكذا عتق من جهتهما، وبقى على المضارب نصف قيمة الجارية ونصف العقر؛ لأنه لما استوفى رب المال رأس ماله من الولد، بقيت الجارية والعقر ربحًا كله بينهما نصفان، فيكون على المضارب نصف قيمة الجارية ونصف العقر يؤدى ذلك متى أيسر، فإن أدى الولد السعاية ثم أراد أن يرجع على المضارب، لم يكن له ذلك؛ لأن معتق البعض إذا سعى لا يرجع بما سعى على المولى.

١٨٢٣٦- وهذا كله على قول أبى حنيفة رحمه الله، وأما على قولهما: فعلى رواية كتاب المضاربة، فكذلك الجواب، إلا فى فصل، وهو أن الولد إذا سعى فى ثلاثة أرباع قيمته لرب المال، كان الولاء كله للمضارب؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، فأما فيما عدا ذلك فالجواب فيه كالجواب على قول أبى حنيفة رحمه الله، فأما على رواية كتاب العين والدين على قولهما: يعتبر رأس المال شائعًا فيهما، فيكون لرب المال من الجارية ثلاثة أرباعها، ومن الولد كذلك؛ لأن نصف كل واحد منهما مشغول برأس المال ونصف ربح؛ لأن قيمة كل واحد منهما ألف درهم يوم الدعوة، بقى نصف كل واحد منهما فارغًا عن الدين، فيكون بينهما نصفان لكل واحد منهما الربع، فصار لرب المال ثلاثة أرباع كل واحد منهما، وللمضارب ربعه، فصح دعوة المضارب، ولم يجب على الولد سعاية؛ لأن الولد مشترك بينه وبين رب المال، والجارية كذلك، فصار المضارب مدعيًا، وله جارية[1] مشتركة، والجارية بمحل النقل، والمستولد معسر، فيصح دعوته، ويكون الولد حر الأصل، وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمة الجارية وثلاثة أثمان عقر الجارية يؤديها إلى رب المال متى أيسر.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "ولد جارية".

١٨٢٣٧- جئنا إلى مسألة[١] "الجامع الصغير"، فنقول: موضوع تلك المسألة أنه إن زاد قيمة الولد، فصارت ألفًا وخمسمائة، ولم تزد قيمة الجارية، فنقول: لما صارت قيمة الولد ألفًا وخمسمائة، فقد ظهر الربح فى الولد بمقدار خمسمائة، فيملك المضارب نصف ذلك من الولد، وعتق عليه الباقى من الولد، أو فسد على حسب ما اختلفوا فيه، إلا أن[٢] المضارب لايضمن نصيب رب المال من الولد؛ لما ذكرنا، وإذا لم يجب ضمان نصيب رب المال على المضارب، كان لرب المال أن يستسعى الولد فى ذلك، وذلك ألف ومائتان وخمسون، ألف من ذلك رأس المال، ومائتان وخمسون حصته من الربح، وإنما اعتبر فى هذا رأس المال؛ لأنه فى القسمة متقدم على الربح، وإذا أخذ رب المال ذلك من العبد، فقد وصل إليه رأس المال، وظهر أن الجارية كلها ربح، من ذلك للمضارب نصفها، وظهر فيها حكم أمّية الولد، وصار المضارب متملكًا نصف رب المال من الجارية؛ لأن أمية الولد لا يتجزأ، وضمن المضارب نصف قيمتها لرب المال، موسرًا كان أو معسرًا؛ لما ذكرنا، ثم إن محمدًا فى مسألة الأصل يقول: يأخذ رب المال رأس المال من المضارب مما وجب عليه من قيمة الجارية، لا من سعاية الولد.

وفى مسألة "الجامع الصغير" يقول: يأخذ رب المال رأس ماله من سعاية الولد، وإنما جاءت التفاوت؛ لأنه موضوع مسألة الأصل أنه ازداد قيمة الجارية أولا، وإذا زادت قيمة الجارية أولا، ظهر الربح فى الجارية، وملك المضارب من الجارية بقدر حصته من الربح، وظهر أمّية الولد فى ذلك القدر، فصار متملكًا نصف رب المال من الجارية، فصار ضامنًا ما بقى من قيمة الجارية، واستيفاء رأس المال منه أيسر، فيستوفى منه رأس المال.

وموضوع مسألة "الجامع الصغير": أنه لم يزدد قيمة الجارية، وإنما ازداد قيمة الولد، فظهر الربح فى الولد، وعتق نصف المضارب منه، وعتق نصيب رب المال، أو فسد بقدر إيجاب الضمان على المضارب، فأوجبنا السعاية على الولد، والسعاية متعين فى هذه المسألة باستيفاء رأس المال منه، بخلاف مسألة الأصل، فلهذا افترقا.

(١) وفى الأصل: "مسائل".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "لأن المضارب".

١٨٢٣٨- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها جارية تساوى ألفًا، فولدت ولدًا يساوى ألفًا، فادعاه رب المال، فإنه ابنه، وتصير الجارية أم ولد له، ولا يغرم للمضارب شيئًا من قيمة الجارية، ولا من الولد ولا من العقر، أما صحة دعوته وثبوت النسب منه فلأن الجارية والولد ملك رب المال، لا شركة للمضارب فيهما، ولو كان للمضارب فيه شركة صح دعوة رب المال، فإذا لم يكن للمضارب فيه شركة أولى، ولا يغرم رب المال شيئًا من قيمة الجارية والولد؛ لأنه لا شركة للمضارب فيهما، ألا ترى لو أعتقهما رب المال، لم يضمن للمضارب شيئًا؛ لأنه ما أبطل عليه ملكًا، إنما أبطل عليه مجرد حقّ تصرف، وإنه ليس بمال، وما ليس بمال، لا يضمن بالمال، فكذا إذا ادعى ولدها، ولا يغرم العقر؛ لأنه وطئ جارية كلها ملكه، لا شركة للمضارب فيها.

وكذلك لو كان الولد يساوى ألفين، كان هذا بمنزلته؛ لا يضمن شيئًا من قيمة الجارية والولد، بخلاف ما لو أعتقها رب المال، فإنه يضمن حصة المضاربة من الربح، موسرًا كان أو معسرًا، فإنه لما صح دعوة رب المال، تكون الجارية ملك رب المال، صارت الجارية أم ولد له من حين العلوق، فانتقضت المضاربة فيها من حين العلوق، فحين ولدت والجارية خارجة من المضاربة، فلا يتعلق حقّ المضارب.

ولو كانت الأم تساوى ألفين، فادعاه رب المال، صحت دعوته، وصارت الجارية أم ولد له، ويثبت نسب الولد منه، وغرم رب المال ربع قيمة الجارية للمضارب، موسرًا كان أو معسرًا، ولم يضمن من قيمة الولد شيئًا، وغرم ثمن عقر الجارية للمضارب، أما دعوته صحيحة؛ لأن لرب المال شركة فى الجارية. فإن ثلاثة أرباع الجارية لرب المال، نصفها رأس ماله، وربعها حصته من الربح.

وإذا كان لرب المال شركة فى الجارية، صحّت دعوته، وتملك نصيب المضارب بالضمان موسرًا كان أو معسرًا، ولم يضمن من قيمة الولد شيئًا؛ لأنه لما صحت دعوته يملك نصيب المضارب من وقت العلوق، والولد حدث، والجارية كلها ملك رب المال، فلا يضمن للمضارب شيئًا من قيمة الولد، وكان الجواب فيه كالجواب فى جارية بين شريكين جاءت بولد ادعاه أحدهما، والجارية بمحل النقل من ملك إلى ملك، وهناك

يضمن قيمة نصيب صاحبه من الجارية موسراً كان أو معسراً، ولم يضمن من قيمة الولد شيئًا، كذا ههنا، وضمن ثمن العقر للمضارب، هكذا ذكر وضمن في الحقيقة ربع العقر؛ لأن ربع الجارية كان ملك المضارب، إلا أنه إذا ضمن ربع العقر، صار ربع العقر ربحًا، فيكون بينهما نصفين، فيسقط عنه حصته، وهو الثمن، فيبقى ثمن العقر للمضارب.

فإن قيل: إذا كان ربع الجارية للمضارب، وجب أن يكون ربع العقار للمضارب خاصة، ولا يكون بينهما نصفين كجارية بين شريكين لأحدهما ثلاثة أرباعها، وللآخر ربعها، وطئها صاحب ثلاثة الأرباع، وهناك يضمن ربع العقر لصاحب الربع.

قلنا: نعم الربع للمضارب إلا أن الجارية على المضاربة حين وجب ربع العقر؛ لأن ربع العقر وجب بأول الملاقاة، وكانت المضاربة بينهما قائمة في ذلك الوقت، فما وجب من العقر، كان ربحًا بينهما نصفين بخلاف ما لو كان بينهما شركة على هذا الوجه من غير مضاربة، فإن ما وجب من ربع العقر يكون لصاحب الربع خاصة؛ لأنه ليس لصاحب الثلاثة الأرباع ما يفيد له الشركة في ربع العقر، فيبقى لصاحب الربع خاصة. فأما قيام المضاربة في الجارية أفاد لصاحب الثلاثة الأرباع الشركة في ربع عقر الجارية.

ولو كان المضارب هو الذي وطئ الجارية وقيمتها ألفان، فجاءت بولد، فادعاه المضارب بعد ما ولدته، وقيمته ألف، فإن الجارية تصير أم ولد له، ويضمن قيمة ثلاثة أرباعها لرب المال، وثلاثة أثمان العقر موسراً كان أو معسراً، ويكون الولد عبداً للمضاربة، يبيعه المضارب، ولا يثبت نسبه منه.

أما صيرورة الجارية أم ولد له فلأن للمضارب شركة في الجارية بقدر الربع، ألا ترى أنه لو أعتقها صح إعتاقه بقدر الربع، فتصح دعوته، وتصير الجارية أم ولد له، ويضمن نصف رب المال، وذلك ثلاثة أرباعها موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان تملك، ويضمن ثلاثة أثمان العقر لرب المال، هكذا ذكر، وفي الحقيقة الواجب عليه ثلاثة أرباع العقر؛ لأن ثلاثة[1] أرباع الجارية ملك رب المال، إلا أن ثلاثة أرباع العقر وجب في حال قيام المضاربة، فكان ربحًا، فكان بينهما، فيسقط نصفه، ويبقى نصفه ونصف ثلاثة

(١) وفي ظ: "ثلث".

الأرباع ثلاثة الأثمان، فيضمن[1] ثلاثة الأثمان العقر لرب المال مع ثلاثة أرباع الجارية موسراً كان أو معسراً، ولم يضمن من الولد فيه شيئًا؛ لأن الولد بقى عبدًا على المضاربة، ولو علق الولد حرّ الأصل، كان لا يضمن شيئًا كما فى الجارية المشتركة، وإذا بقى الولد عبدًا على المضارب أولى.

١٨٢٣٩-وفى فصل الولد إشكالان أحدهما: أن الجارية مشتركة بين رب المال وبين المضارب، ولهذا صارت أم ولد له، وإذا كانت الجارية مشتركة بينهما، يجب أن يحدث الولد مشتركًا، وإذا حدث الولد مشتركًا يجب أن تصح دعوة المضارب فى حقّ الولد. والثانى: أنه إن لم يثبت للمضارب شركة فى الولد؛ لأنه صار كله مشغولا برأس المال، يجب أن تصح دعوته فى حقّ الولد؛ لأن العلوق كان، وللمضارب شركة فى الجارية بقدر الربع، وقيام الملك كاف لصحة الدعوة، وإن كان الولد وقت الدعوة ملك الغير، كالبائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة بعد ما ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، صحت دعوته فى حقّ الولد والجارية، وإن لم تكن الجارية والولد فى ملكه وقت الدعوة؛ لأنه كان الولد فى ملكه فى وقت العلوق، فههنا أولى أن يصح دعوته، فإن الجارية فى ملكه يوم العلوق ووقت الدعوة.

إلا أن الجواب عن الإشكال الأول أن القياس ما قلت: أن يحدث الولد مشتركًا لما كانت الجارية مشتركة بينهما، إلا أنا تركنا هذا القياس للضرورة، وذلك لأن الأصل أن مال المضارب متى كان من جنسين مختلفين، وقيمة كل واحد منهما أو قيمة أحدهما مثل رأس المال، فإن الذى قيمته مثل رأس المال يعتبر كله مشغولا برأس مال المضاربة، حتى لو أعتقه المضارب، لا يعتق، ولا يجب على المضارب الزكاة، وإذا صار كله مشغولا برأس المال، فقد انقطعت الشركة فى الولد من حيث الحكم، فيعتبر بما لو كانت منقطعة من حيث الحقيقة، بأن كان الولد حادثًا من جارية لم تكن للمضارب شركة، وقيمته مثل رأس مال المضاربة، وقد ادعاه المضارب، وهناك لا تصح دعوته للحال، بل يقف صحة دعوته إلى أن يصير الولد ملكًا له، فكذا هذا.

وأما الجواب عن الإشكال الثانى فهو أن العلوق وإن كان فى ملكه من حيث

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "فيضمن ثلاثة أرباع العقر لرب المال وثلاثة أثمان الجارية موسرا. . . إلخ".

الحقيقة إلا أنه من حيث الحكم كأن العلوق والولادة وُجدا وليس للمضارب فيهما شركة فى حقّ الولد، بدليل أن الولد كله ملك رب المال مع قيام شركة المضارب فى الجارية حالة العلوق وحالة الولادة، فدل أن صيرورة الولد مشغولا برأس المال قاطع للشركة فى حقّ الولد من حيث الحكم، بخلاف البائع ؛ لأن الملك وقت العلوق كان قائمًا له، ولم يوجد بعده ما يقطع ملكه عن المبيعة وقت العلوق، وإنما لم يحدث الولد ملكًا له بخروج المبيعة عن ملكه، لا لوجود ما يقطع الشركة وقت العلوق ووقت الولادة بصيرورة الولد مشغولا برأس المال مما يقطع الشركة فى الولد من حيث الحكم، ولو انقطع من حيث الحقيقة بأن كان الولد حادثًا من جارية لا شركة للمضارب فيها، لم تصح دعوة المضارب، فكذلك هذا، وهذا بخلاف ما لو ادعى المضارب ولد هذه الجارية قبل الولادة، فإنه يثبت نسب الولد، ويكون حر الأصل؛ لأن قبل ولادة الولد لم يوجد ما يقطع شركته فى حقّ الولد؛ لأن السبب القاطع للشركة فى حقّ الولد صيرورته مشغولا برأس المال، وهذا بعد الانفصال، فأما قبل الانفصال فهو تابع للأم، ولايصير مشغولا برأس المال، فبقيت الشركة فى حقّ الولد، فصار مدعيًا ولد جارية مشتركة، وبخلاف ما لو كانت الجارية بين شريكين جاءت بولد، فادعاه أحدهما، فإنه يصح دعوته، ويثبت نسب الولد، ويكون حر الأصل؛ لأنه لم يوجد ما يقطع الشركة فى حقّ الولد من حيث الحكم، فصار مدعيًا ولد جارية مشتركة، بخلاف ما نحن فيه على ما بينا.

وهذا بخلاف ما لو ادعى رب المال ولد الجارية بعد الانفصال، فإنه يصح دعوته، ويكون الولد حر الأصل؛ لأنه لم يوجد فى حقّ رب المال ما يقطع الشركة عن الولد، فإنه قبل الولادة كان ثلاثة أرباع الولد ملكًا لرب المال، ويبقى ذلك كذلك مملوكًا له، وازداد ملكه، فإن الكل صار ملكًا له، وإذا لم يوجد ما يقطع الشركة فى حقّ الولد، صار مدعيًا ولد جارية مشتركة من حيث الحكم، بل كان من حيث الحكم مدعيًا ولد جارية، لم يكن له فيها شركة.

وإذا بقى الولد عبدًا إذا قبض رب المال ما وجب على المضارب من قيمة الجارية وثلاثة أثمان عقر الجارية، ثبت نسب الولد، وعتق نصفه؛ لأنه لما استوفى رب المال ما وجب على المضارب من قيمة الجارية وثلاثة أثمان عقر الجارية، ثبت نسب الولد، وعتق نصفه؛ لأنه لما استوفى رب المال ما وجب على المضارب من قيمة الجارية ثلاثة أرباعها

وثلاثة أثمان العقر، صار مستوفيًا رأس ماله وزيادة، ففرغ الولد عن شغل رأس المال، فكان بينهما أنصافًا، فقد حدث للمضارب شركة فى الولد بقدر النصف، فتصح دعوته، وثبت نسب الولد منه، وعتق نصفه، وسعى فى نصف قيمته لرب المال موسرًا كان أو معسرًا، وإن كان عتق الولد بإيفاء المضارب ما عليه، وذلك نصفه، إلا أنه كان مجبرًا على الإيفاء، فسقط اعتبار صُنعه، وإذا سقط اعتبار صُنعه لم يضمن، وكان على الولد أن يسعى فى نصف قيمته، وولاء الولد بين المضارب ورب المال نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى قولهما الولاء كله للمضارب؛ لأن الكل عتق من جهته، فإن العتق عندهما لا يتجزأ.

الفصل العشرون

فى هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعده

١٨٢٤٠- وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف فيه، بطلت المضاربة؛ لأنها انعقدت على المال المعين، فإذا هلك المال قبل التصرف، فقد فات محل العقد، فبطل العقد ضرورة، والقول فى الهلاك قول المضارب مع يمينه؛ لأنه بمنزلة المودع.

وقال أصحابنا رحمهم الله فيمن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، فاشترى المضارب بها عبدًا، فلم ينقدها حتى ضاعت: فإنه يدفع إليه رب المال ألفًا أخرى، ويصير رأس المال ألفى درهم، وكذلك لو هلك هذه الألف، يدفع رب المال ألفًا أخرى؛ لأن المضارب فيما اشترى للمضاربة كان عاملا لرب المال؛ لأنه كان وكيلا عنه، فإذا لحقه بسبب ما عمل لرب المال عهدة وضمان، كان قرار ذلك على رب المال، واعتبر بالوكيل الخاص بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فاشترى وهلك ما عنده قبل النقد، فإنه يرجع على الموكل بألف أخرى؛ لأنه لزمه ضمان بسبب ما عمل للموكل، وكان قرار ذلك عليه، وما كان قبضه قبل الشراء هلك، فهلك أمانة، وإن هلك بعد الشراء، وجب له الدين على موكله؛ لأنه قبل الشراء كان أمانة فى يده، وبعد ما اشترى وجب له دين على موكله بالشراء، لم يُحدث الوكيل ما يوجب أن يصير ما قبضه مضمونًا عليه، فبقى أمانة كما كان، فيهلك على الموكل، وكان كالمودع إذا وجب له دين على المودع، والوديعة من جنس الدين لا يصير مضمونًا على المودع ما لم يتملكه بحقّه، وإذا ثبت هذا فى الوكيل الخاص بالشراء، فكذا فى المضارب، والمضارب فى هذا والوكيل الخاص بالشراء يستويان فى المرة الأولى، وإنما يفترقان فى المرة الثانية، فإنما يقبضه الوكيل بالشراء فى المرة الثانية يصير مضمونًا عليه حتى إذا هلك فى يده قبل النقد يهلك من مال الوكيل، ولا يرجع على الموكل بشىء، وما قبضه المضارب من رب المال فى المرة الثانية يكون أمانة فى يده، حتى إذا هلك فى يده يهلك من مال الموكل أعنى رب المال، وكان للمضارب أن يرجع بالثالثة على رب المال ورابعًا وخامسًا إلى الأبد.

١٨٢٤١ -والفرق بينهما أن الوكيل الخاص ما قبضه من موكل فى المرة الثانية قبضة للاقتضاء، والقبض على جهة الاقتضاء قبض ضمان.

وإنما قلنا: ذلك لأن الوكيل بالشراء فى حقّ الحقوق كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه من موكله، ولهذا قلنا: إن للوكيل بالشراء أن يحبس العين المشترى بالثمن حتى يستوفيه من موكله؛ لأنه صار بائعًا من موكله ما اشتراه، وإذا وجب للوكيل على موكله دين، فإذا قبضه منه فى المرة الثانية حمل قبضه على جهة الاستيفاء لحقه، لا على وجه الأمانة، والقبض بجهة الاستيفاء قبض ضمان، وأمكن حمل قبضه على الاستيفاء؛ لأن الضمان لا ينافى الوكالة، وألا ترى أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب جاز، ولم يصر أمينًا، فإذا حمل قبضه على جهة الاستيفاء، فلو هلك بعد ذلك من غير وكالة، ثم باعه منه بعد ذلك بمثل ما اشتراه به، ثم أخذ منه الثمن، صار مقتضيًا لدينه، وصار ما قبض مضمونًا عليه، فكذا هذا، فأما المضارب ما قبض فى المرة الثانية من رب المال لم يقبضه للاقتضاء حتى تكون مضمونًا عليه، وكان أمانة فى يده كما كان فى المرة الأولى.

وإنما قلنا: ذلك لأن المضارب متى اشترى للمضاربة شيئًا، فإنه لا يجب له دين على رب المال، فكيف يكون قبضه على وجه الاقتضاء؟ بيانه: أن المضارب لا يمكن أن يجعل مشتريًا لنفسه أولا، ثم بائعًا من رب المال بعد ذلك؛ لأنا متى جعلناه بائعًا ما اشترى من رب المال للمضاربة يصير بائعًا من نفسه من وجه؛ لأن ما يبيعه للمضاربة، فإنه يثبت للمضارب فيه حقّ، وهو البيع حتى لو نهاه رب المال عن البيع، لم يعمل نفيه، وإذا كان البيع فيما يبيعه للمضارب متى جعلناه بائعًا للمضاربة متى اشتراه للمضاربة، كما فى الوكيل الخاص صار المضارب كالبائع من نفسه من وجه باعتبار ما ثبت له من الحقّ فى المنع بعد البيع، ولا يمكن أن يجعل الإنسان بائعًا من نفسه بحال من الأحوال، ويمكن أن يجعل الوكيل رسولا من الموكل بعذر يحل فى باب النكاح، جعلنا الوكيل رسولا عن الموكل ضرورة؛ لأن ملك النكاح مما لايقبل النقل من ملك إلى ملك، ولا يمكننا أن نعتبر النكاح واقعًا للوكيل، ثم منتقلا منه إلى الوكيل، فاعتبرناه رسولا من الموكل حتى رجعت الحقوق إلى الموكل، فكذلك ههنا لم يمكن أن يجعل المضارب ما اشتراه للمضاربة من رب المال، فاعتبرناه رسولا فى حقّ ما بينه وبين رب المال، وكيلا فى حقّ ما بينه وبين بائعه، فوجب للبائع على المضارب دين، ولم يجب له على رب

المال دين، فلم يكن قبض المضارب فى المرة الثانية قبض اقتضاء، ولم يجب له دين على رب المال، بل كان قبض أمانة، وكان قبضه فى المرة الثانية، ولا دين على رب المال، وقبضه فى المرة الأولى سواء، ولهذا صار الألف الثانية مال المضاربة كالأولى، ولو كان قبضه قبض القضاء فى المرة الثانية لم يصر الألف الثانية رأس المال؛ لأن سبيل رأس المال مضاربة أن يكون أمانة، ولا يصح أن يكون دينًا بحال من الأحوال، وإليه أشار محمد فى الكتاب، فقال: لأن المضارب أمين، يعنى هو أمين فيما قبض فى المرة الثانية، والوكيل فيما قبضه بقبض، وليس بأمين، فهذا هو الفرق بين المضارب والوكيل الخاص؛ إلا أن المضارب إذا أراد أن يبيعه مرابحة بعد ذلك، فإنما يبيعه مرابحة على الألف؛ لأنه نقد فى ثمنه لا غير، وإن بيّن الأمر على وجه، وأراد أن يبيعه مرابحة على الكل، فله ذلك؛ لأنه متى بيّن الأمانة على وجهه، تنتفى الخيانة، فإن ربح المضارب ربحًا كثيرًا، كان رأس مال رب المال فى ذلك ألفى درهم؛ لأن ما قبضه فى المرة الثانية صار رأس مال المضاربة، وما بقى فإنه بينهما على ما شرطًا فى المضاربة من الربح.

١٨٢٤٢- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، فاشترى بها عبدًا يساوى ألفين وقبضه، ونقد ثمنه، ثم باعه بألفين، ثم اشترى بألفين جارية قيمتها ألفان، فلم ينقد الألفين حتى ضاعتا، فإن المضارب يرجع على رب المال بألف وخمسمائة، وغرم خمسمائة فى ماله خاصة، اعتبرنا قبض الثمن أو شراء الجارية ان اعتبرنا قبض الثمن، فقد قبض ألفى درهم ثمن العبد ألف درهم وخمسمائة لرب المال، وخمسمائة قبضها لنفسه، وقد لحقه ضمان بسبب هذا القبض، فإنه لو ضاعت الألفان قبل شراء الجارية، لم يصح شراء الجارية على المضاربة، فرجع بقدر ما كان عاملا لرب المال فى قبض الألفين كالمودع، وبقدر ما كان عاملا لنفسه لا يرجع بما ضمن بسبب القبض على أحد كالغاصب، وإذا اعتبرنا شراء الجارية، فكذلك أيضًا؛ لأنه اشترى ثلاثة أرباع الجارية لرب المال، فيكون ثمن ذلك على رب المال، وقد اشترى الربع منها لنفسه، فيكون ثمن هذا الربع على المضارب، فإذا نقد المضارب البائع ألفى درهم، وقبض الجارية، ثم باعها بخمسة آلاف درهم، فإن ربع خمسة آلاف درهم تكون للمضارب، وذلك ألف ومائتان وخمسون، وثلاثة أرباعها وهى ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون تكون للمضاربة، وذلك لأن ربع هذه الجارية للمضارب، وثلاثة أرباعها للمضاربة؛ لأنه كان

نقد ثمنها ألفى درهم، ألفًا وخمسمائة من مال رب المال، وخمسمائة من خالص ماله، فإذا كان المنقود من الثمن أرباعًا كانت الجارية كذلك، وإذا كانت الجارية بين المضارب والمضاربة أرباعًا، يكون ثمن ربع الجارية متى بيعت للمضارب خاصة، وذلك ألف ومائتان وخمسون، وثلاثة أرباعها للمضاربة، وهى ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون، يستوفى رب المال منها رأس ماله ألفين وخمسمائة؛ لأن رأس مال هذه المضاربة ألفان وخمسمائة، فيأخذ رب المال ذلك، بقى ألف ومائتان وخمسون، وإنما ربح، فيكون بين المضارب ورب المال على الشرط.

١٨٢٤٣- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها جارية، فضاعت الألف قبل أن ينقدها، فقال رب المال: ضاع المال قبل أن يشترى الجارية، وإنما اشتريتها لنفسك، وقال المضارب: لا، بل ضاع المال بعد ما أن اشتريتها، فأنا أريد أن أخذك بالثمن، ولا يعلم متى ضاع المال، فالقول لرب المال؛ لأن المضارب أقر على رب المال بما لا يملك استئنافه عليه للحال، وقد أنكر رب المال ما أقر به المضارب، فيكون القول قوله؛ لأن المضارب أقر على رب المال بالشراء، وهو لا يملك استئنافه للحال؛ لأنه للحال رأس مال المضاربة هالك[1]، وإن أقاما جميعًا البينة فالبينة بينة المضارب؛ لأن رب المال يثبت ببينته ما هو ثابت بقوله، والمضارب يثبت ببينته ما هو غير ثابت، فكان بينة المضارب أولى، ولو كان رب المال قال للمضارب: قد اشتريتها قبل ضياع المال، فوقع الشراء على المضاربة، وقال المضارب: اشتريتها بعد ما ضاع المال، ووقع الشراء لى، فالقول للمضارب؛ لأن الأصل فى تصرف الإنسان أن يكون لنفسه، فيجب العمل بهذا الأصل حتى يعلم خلافه.

١٨٢٤٤- ولو اشترى المضارب جارية تساوى ألفين بأمة تساوى ألفًا، وقبض التى اشتراها، ولم يدفع أمته حتى ماتتا، فإنه يغرم من قيمة التى اشتراها خمسمائة، والباقى على رب المال؛ لأنهما لما هلكتا فقد انفسخ العقد، فيجب عليه رد ما اشترى، وقد عجز، فيغرم القيمة وهى ألفان، فكان المضمون ألفين، ويصير كأنه اشترى بألفين، فيضمن ربعها.

---

(١) وفى الأصل: "هنالك".

١٨٢٤٥-ولو كانت قيمة التى اشتراها ألفًا، والأمة التى كانت عنده قيمتها ألفان، وقد قال له رب المال: اشتر بالقليل والكثير حتى جاز هذا الشراء من المضارب، فقبض التى اشتراها، ثم هلكتا، رجع على رب المال؛ لأن المضمون هنا قيمة التى اشتراها، ولا فضل فى ذلك على رأس المال، فقد أشار أبو الحسن إلى أن محمدًا رحمه الله يعتبر المضمون على المضارب ما يغرمه، فإن كان ما يلزمه من الغرر زائدا على رأس المال، كان على المضارب حصة ذلك، وما لا فلا. وذكر عن محمد رواية أخرى بخلاف هذا.

الفصل الحادى والعشرون
فى جحود المضارب مال المضاربة

١٨٢٤٦- عن أبى يوسف رحمه الله فى المضارب إذا قال لرب المال: لم تدفع إلىّ شيئًا، ثم قال: قد دفعت إلىّ ألفًا مضاربة، فهو ضامن للمال؛ لأنه أمين جحد الأمانة، والأمانة تضمن بالجحود، قال: وإن اشترى بها مع الجحود، فهو مشترٍ لنفسه؛ لأنه ضامن للمال، فانتفى حكم المضاربة باعتبار الضمان.

وإن اشترى بعد الإقرار، فالقياس أن يكون مشتريًا لنفسه؛ لأنه ضامن للمال، وفى الاستحسان يكون على المضاربة، ويبرأ من الضمان؛ لأن الأمر بالشراء قائم بعد الجحود، فإن الضمان لا ينافى الأمر، ألا ترى أنه لو أمر الغاصب ببيع المغصوب أو بشراءه، صح الأمر، وإن كان المحل مضمونًا عليه، فإذا اشتراه بموجب الأمر، وقع الايتمار، ومن ضرورة وقوعه انتفاء الضمان، كما فى الغاصب إذا باع بإذن المالك، وسلّم يبرأ من الضمان. وكذلك لو دفع إليه ألفًا، وأمره أن يشترى بها، فجحد ثم اشترى لم يبرأ من الضمان، وكان الشراء واقعًا له على ما بينا.

١٨٢٤٧- قال: ولو أمره بشراء عبد بعينه، واشتراه مع الجحود، ثم أقر، فإن العبد للآمر؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه، فوقع للآمر، كأنه أقر ثم اشتراه، بخلاف المضارب؛ لأنه يملك أن يشتريه لنفسه، فلم يحمل على الشراء لرب المال، إلا أن يقر بالمال قبل الشراء. قال أبو يوسف رحمه الله: فى المأمور ببيع العبد إذا جحد، وادعاه لنفسه، ثم أقر، فباعه، فالبيع جائز، وبرئ من الضمان، وكذلك المأمور بالهبة والإعتاق؛ لأن الأمر قائم.

ولو باع العبد أو أعتقه أو وهبه، ثم أقر بعد البيع، فعلى قياس مسألة المأمور بشراء العبد بعينه ينبغى أن يلزم الآمر؛ لأنه لا يملك أن يبيع لنفسه كما لا يملك الشراء لنفسه.

١٨٢٤٨- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فذكر المضارب أنه قد

ربح فيها ألف درهم، وجاء بألفين، ثم إنه جحد، فقال: لم أربح إلا خمسمائة درهم، ثم هلك ألفان في يد المضارب قبل أن يقبض منه رب المال شيئًا، وقد قامت البينة على إقرار المضارب بما قال: من الربح، فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي أقر أنها ربح، ثم أنكرها، فيأخذها رب المال من رأس المال، ولا ضمان على المضارب فيما بقي من المال؛ وهذا لأن المضارب أقر أول مرة أن عنده ألفي درهم أمانة؛ لأن رأس المال مع الربح أمانة عند المضارب، ثم جحد خمسمائة منها، ولو جحد الكل بعد ما أقر بها، ضمن الكل، ولو لم يجحد شيئًا منها حتى هلك في يده، لكان لا يضمن، فإذا جحد البعض دون البعض، كان لكل بعض حكم نفسه، فإن كان أنكر أن يكون ربح المال شيئًا، والمسألة بحالها، فضاع المال بعد ذلك، فإنه يضمن الألف الربح كلها، ولا يضمن الثاني؛ لما قلنا.

الفصل الثانى والعشرون
فى قسمة الربح

١٨٢٤٩- قال محمد رحمه الله : إذا عمل المضارب بمال المضاربة، فربح ألفًا، فاقتسما الربح، ومال المضاربة فى يد المضارب على حاله، فأخذ رب المال من الربح خمسمائة، والمضارب خمسمائة، ثم ضاع ما أعدّ لرأس المال فى يد المضارب قبل العمل أو بعده، فإن قسمتهما باطلة، والخمسمائة التى أخذها رب المال تحسب من رأس ماله، ويؤدى المضارب الخمسمائة التى أخذها لنفسه من الربح إلى رب المال إن كانت قائمة بعينها، وإن هلكت فى يده رد مثلها على رب المال حتى يتم لرب المال رأس ماله، والألف التى هلكت فى يد المضارب هى الربح، وذلك لأن قسمتهما الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة؛ لأن حال المقسوم قبل قبض رب المال رأس المال موقوفة إن بقى ما أعدّ لرأس المال فى يد المضارب حتى قبضه رب المال، كان المقسوم ربحًا كما اقتسما، وكانت القسمة جائزة، وإن هلك ما أعد لرأس المال فى يد المضارب، كانت القسمة باطلة، وتبين أن المقسوم لم يكن ربحًا، وكان رأس المال؛ لأن الأصل فى المضاربة أن بعض المال متى هلك فى يد المضارب، فإنه يصرف الهلاك إلى الربح، وإذا كان الهلاك ربحًا ظهر أن المقسوم كان رأس المال، ولم يكن ربحًا، فكانت قسمة الربح باطلة، وصار رب المال أخذ الخمسمائة رأس المال لا ربحًا، والمضارب أخذ خمسمائة من رأس المال لا من الربح، فصار ضامنًا لذلك، فإنه قبض خمسمائة من رأس المال، لا من الربح، فصار ضامنًا لذلك؛ لأنه قبض خمسمائة من رأس المال قبضه بغير إذن رب المال؛ لأنه إنما أذن له بملك هذه الخمسمائة بشرط أن يكون الموجود ربحًا، فإذا ظهر أنه لم يكن ربحًا، بل كل رأس المال، لم يكن راضيًا بالتملك[1]، وكان المضارب قابضًا هذه الخمسمائة لنفسه بغير إذن رب المال، فصار ضامنًا كالغاصب، فعليه ردها إن كانت قائمة، و ردّ مثلها إن هلكت، حتى يتم لرب المال رأس ماله، والألف التى

(١) وفى الأصل: "بل كان".

أعدّت لرأس المال تهلك أمانة ؛ لأنه ظهر أنها كانت ربحًا لا رأس المال، ولم يكن المضارب قبضها لنفسه، حتى يصير ضامنًا لها، فبقى فيها أمينًا، وإذا هلكت فى يده تهلك أمانة .

فإن قيل : هلا جعل المضارب وكيلا عن رب المال بقبض الألف التى أعدت لرأس المال حتى لا تنقض القسمة متى هلكت الألف فى يده كما لو وكل رب المال أجنبيّا بقبضها وقبض، ثم هلكت بعد ذلك .

قلنا : المضارب لا يصح وكيلا عن رب المال بقبض رأس المال؛ لأنه إما أن يعتبر المضارب أمينًا فى حقّ رأس المال كالمودع، أو ضمينًا من حيث إنه قبض رأس المال لمنفعة نفسه، وهو الربح، وبأى ذلك ما اعتبر لا يصح وكيلا عن رب المال بقبض رأس المال، أما إذا اعتبر بالمودع فإن صاحب الوديعة متى وكل بقبض الوديعة عنه، لا يصح التوكيل؛ لأنه لم يفسد هذا التوكيل إلا ما كان ثابتًا من قبل، وإن اعتبر بالغاصب، فكذلك لا يصح وكيلا عن رب المال بقبض رأس المال؛ لأنه يستوفى ما عليه من الضمان لرب المال، والواحد لا يصح أن يكون موفيًا ومستوفيًا؛ لما بينهما من التضاد؛ ألا ترى أن المديون لا يصح وكيلا عن رب الدين بقبض ما عليه، فكذا الغاصب، وإذا لم يصح المضارب وكيلا عن رب المال، لم يوجد قبض رب المال، ولا قبض وكيله، وكان هالكًا فى يد المضارب، فيكون الهلاك مصروفًا إلى الربح .

١٨٢٥٠ -والحيلة لجواز ما قصدا ما ذكر محمد رحمه الله أن يستوفى رب المال رأس ماله أولا، ويقسمان الربح، ويأخذ كل واحد منهم نصيبه من الربح، ثم يدفع رب المال رأس المال إلى المضارب ثانيًا، ويقول له : اعمل بها على المضاربة التى كانت حتى لو هلك رأس المال فى يد المضارب، لا تبطل القسمة؛ لأنه هلك بعد ما قبض رب المال، وقد انتهت الأولى، والآن يثبت مضاربة مستقلة بقوله : اعمل بها على المضاربة التى كانت، ومعناه بالشرط الذى كان فى المضاربة الأولى، هذا كمن آجر داره من آخر شهراً بعشرة دراهم، فلما مضى الشهر، وانتهت الإجارة به، قال رب الدار للمستأجر : اسكن فيها على الإجارة التى كانت، يثبت بينهما إجارة مستقلة بالأجر الذى كان مشروطًا فى الأجارة الأولى، فهذا هو الحيلة متى قصدا قسمة الربح وبقاء المضاربة .

١٨٢٥١-هذا إذا ربح المضارب ألفًا، فأما إذا ربح ألفى درهم، واقتسما الربح، وأخذ كل واحد منهما حصته من الربح ألف درهم، ثم ضاع المال كله فى أيديهما، ولم يقبض رب المال من المضارب ما أعد لرأس المال، فإن الألف التى قبض رب المال تكون من حساب رأس المال، وتكون لرب المال، وتكون الألف التى أعدّت لرأس المال ربحًا، ويهلك أمانة؛ لأنه لما ضاعت الألف التى أعدّت لرأس المال قبل قبض رب المال، بطلت القسمة؛ لأنه ظهر أن إحدى الألفين كانت رأس المال، وأما لا يبطل القسمة فى الألف الأخرى؛ لأنها بقيت ربحًا كما اقتسما، وإذا بطلت القسمة فى إحدى الألفين دون الأخرى، كان يجب أن يقال: بأن الألف التى قبضها المضارب نصفها يكون ربحًا، ونصفها يكون رأس المال، وقال محمد رحمه الله: بأن جميع الألف التى قبضها رب المال يكون رأس المال، والألف التى قبضها المضارب يكون ربحًا كلها.

والجواب عنه أن القياس ما قلت، إلا أنه ترك هذا القياس، وجعل ما قبضه رب المال من الألف كلها رأس المال، وما قبضها المضارب كله ربحًا؛ لأنا لو جعلنا نصف ما قبضه رب المال من رأس المال ونصفه ربحًا فى الابتداء، لزمنا فى الانتهاء أن نجعل جميع ما قبضه رب المال رأس المال؛ لأن ما قبضه المضارب من الألف كان رأس المال، وإذا كان يلزمنا فى الانتهاء أن يجعل جميع ما قبضه رب المال من الألف رأس المال فى الانتهاء جعلنا الكل رأس المال فى الابتداء قصرًا للمسافة، وإذا صار ما قبضه رب المال رأس المال، كان ما قبضه المضارب ربحًا كله، وقد قبضه للتملك، فصار ضامنًا حصة رب المال، والألف التى أعدت لرأس المال يهلك أمانة فى يده؛ لأنه كان أمينًا فيها، ولم يحدث فيها قبضًا للتملك حتى يصير ضامنًا.

١٨٢٥٢-هذا إذا ضاع فى يد المضارب الألف التى أعدت لرأس المال، فأما إذا لم يضع فى يده حتى اشترى بها مالا بعد قسمة الربح، وربح فيها ربحًا كثيرًا، ذكر أن الألف التى قبضها رب المال تكون رأس المال، ويأخذ رب المال ألف درهم من يد المضارب من حساب الربح حتى يصير مساويا للمضارب، ثم ما بقى من ذلك ربح، فيقسمان على ما اشترطا، أما تصرف المضارب فيما عدا رأس المال فنافذ على كل حال على رب المال على المضاربة؛ لأن المضارب إنما يصير محجورا عن التصرف فى رأس المال بأحد أمرين، إما بالنهى أو باسترداد رأس المال، ولم يوجد أحد هذين، وكان

تصرفه جائزًا على المضاربة .

طعن القاضي أبو حازم على محمد رحمه الله ، وقال : يجب أن لا ينفذ تصرف المضارب على رب المال ؛ وذلك لأن محمدًا رحمه الله قال : ما قبضه رب المال من الألف الربح يكون رأس المال ، وإن صار قابضًا لرأس المال ، لا ينفذ تصرف المضارب بعد ذلك ؛ لأن المضارب كما يصير محجورا عن التصرف بالنهى ، يصير محجورا عن التصرف باسترداد رأس المال .

والجواب عنه أن محمدًا رحمه الله إنما يريد بقوله ما قبضه رب المال رأس المال إذا أرادا عند القسمة الثانية بعد ما ربح المضارب ربحًا كثيرًا أن يجعلا ما قبضه رب المال من المضارب رأس المال ، فيصير قابضًا لرأس المال حال اتفاقهما على ذلك ، لا من حين قبض لم يقبضها من رأس المال ، وإنما قبضها من حساب الربح ، فيصير من رأس المال إذا اتفقا على ذلك عند القسمة الثانية .

١٨٢٥٣-ونظير هذا ما قالوا : أن رب المال إذا اشترى شيئًا من المضارب بألف درهم ، وهى مثل رأس المال ، إن قال رب المال : أنا أمسكه من رأس المال ، انتقض المضاربة ، وإن أدى الثمن ، بقيت المضاربة على حالها ؛ لأن ما حصل فى يد رب المال من ألف درهم حصل على جهة الشراء ، لا على جهة قبض رأس المال ، فكذا ههنا حين قبض ألف درهم قبضها من حساب الربح ، لا من حساب رأس المال ، فلا يصير من رأس المال إلا باتفاقهما عند ذلك على أن يكون من رأس المال ، فيصير قابضًا من رأس[1] المال حال اتفاقهما على ذلك ، فيكون المضاربة قبل ذلك قائمة على حالها .

والدليل على صحة هذا التأويل ما قال محمد رحمه الله أن المضاربة الأولى على حالها لا تنتقض إلا بقبض رأس المال ، فقد بين فى آخر المسألة أن ما قبض رب المال من الألف حين قبض لم يكن رأس مال المضاربة ؛ لأنه قبضها من حساب الربح ، فإنما صار رأس المال بعد ذلك إذا أرادا عند القسمة الثانية أن يجعلا ذلك من رأس المال من حين اتفقا على ذلك ، كانت المضاربة قبل ذلك قائمة بينهما ، فكان ما ذكر محمد صحيحا

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى ف وم والأصل : "من ذلك المال" .

على هذا التأويل.

وكذا التأويل على صحته ما ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف : فيمن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة صحيحة، فجعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين والعشرة لنفقته، والمضارب كذلك يربح فى الثانى، فإن رب المال يأخذ رأس ماله ألف درهم، ولايكون ما أخذه رب المال للنفقة محسوبًا من رأس المال.

١٨٢٥٤- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح فيها المضارب ألفى درهم، ثم اقتسما، فدفع المضارب إلى رب المال رأس ماله ألف درهم، وبقى ألفًا درهم، فأخذ المضارب حصته من الربح ألف درهم، وبقيت حصة رب المال، فلم يأخذها حتى ضاعت فى يد المضارب، فالألف التى ضاعت فى يد المضارب ضاعت بينهما جميعًا، وما بقى فى يد المضارب يبقى بينهما، فيرجع عليه رب المال بنصفها، وذلك خمسمائة، وهـذا لأن نصيب رب المال من الربح لما هلك قبل القبض، انتقضت القسمة فى الربح، وإذا انتقضت القسمة صار الحال بعد القسمة كالحال قبلها، وقبل القسمة لو ضاعت من الربح ألف درهم فى يد المضارب، فإنها تكون عليهما، وما بقى يبقى بينهما، فكذلك إذا انتقضت القسمة بهلاك نصيب رب المال قبل القبض.

وإنما قلنا: بأن القسمة انتقضت متى هلك حصة رب المال قبل القبض، وذلك لأن الأصل عندهم أن المكيل أو الموزون متى كان بين اثنين، فاقتسما قبض أحدهما نصيبه دون الآخر، حتى هلك نصيب الآخر قبل قبضه، فإن القسمة تنتقض، ويكون ما هلك هالكًا على الشرمة، وما قبضه أحدهما يكون باقيًا على الشركة؛ لأن القسمة فيما يكال ويوزن، كما هو إفراز لعين الحقّ حقيقة وحكمًا من وجه، فهى مبادلة حقيقة وحكمًا من وجه، أما مبادلة حقيقة فلأن ما أخذه كل واحد منهما نصفه ملكه، ونصفه ملك صاحبه أخذه بإزاء ما ترك على صاحبه من نصف ما فى يده، وأما مبادلة حكمًا فبدليل ما قالوا بأن المسلم[1] إذا كان وصى الذمى، فإنه تكره له قسمة الخمور؛ لأنها مبادلة من وجه، فصح أن قسمة المكيل والموزون كما هو إفراز لعين الحق حكمًا من وجه

(١) وفى ظ: "بأن للمسلم".

مبادلة حقيقة وحكمًا من وجه، فمن حيث إنه إفراز لعين[١] الحق حكمًا إن كان لا تنتقض القسمة بهلاك نصيب رب المال قبل القبض، فينقطع حق رب المال عن الألف التى قبضها المضارب، وباعتبار ذلك تبقى من حيث إنها مبادلة من وجه، تنتقض بهلاك نصف رب المال قبل القبض، ولا ينقطع حقه عن الألف التى قبضها المضارب، كمن اشترى عبدًا بجارية، وقبض مشترى العبد العبد، ولم يسلم الجارية حتى هلكت قبل التسليم، فإن البيع ينتقض ويعود حق البائع العبد رقبة حتى كان له استرداده، وإذا كان كذلك، فبأحد الاعتبارين انقطع حق رب المال عن الألف التى قبضها المضارب، وبالاعتبار الآخر لا ينقطع، ووجوب رد المال كان ثابتًا فى الكل، فلا يبطل بالشك والاحتمال، فلهذا قالوا: بأن القسمة فيما يكال ويوزن ينتقض متى هلك أحد النصيبين قبل القبض كما يبطل البيع.

١٨٢٥٥-هذا إذا ضاع الألف التى هى حصة رب المال قبل القبض، فأما إذا ضاعت الألف التى هى حصة المضارب بعد ما قبضها المضارب لنفسه، فإن القسمة لا تنتقض، ويكون ما هلك حصة المضارب، وما بقى حصة رب المال يأخذه هو، وذلك لأنه إنما هلك المقبوض بعد القسمة، ولم يهلك غير المقبوض، وهلاك المقبوض لا يوجب انتقاض القسمة إذا بقى غير المقبوض؛ لأنها إفراز لعين الحق حكمًا من وجه، ومبادلة من وجه، وأى الأمرين ما اعتبرنا لاينتقض بهلاك المقبوض إذا بقى غير المقبوض باعتبار أنه إفراز لاشك، وباعتبار أنها بيع كذلك، فإن من اشترى عبداً بجارية، وقبض مشترى العبد العبد، وهلك فى يده، ولم يسلم الجارية، فإن البيع لا ينتقض، وعلى مشترى العبد أن يسلم الجارية إلى مشتريها، ويسلم البيع، فكذلك ههنا، وإذا لم ينتقض القسمة بهلاك المقبوض، جعل هلاك المقبوض فى حق القسمة وعدمه بمنزلة، ولو لم يهلك المقبوض، بقيت القسمة على حالها، وأخذ رب المال حصته، فكذا هذا، بخلاف ما لو هلك نصيب رب المال قبل القبض، فإن القسمة تنتقض على ما بينا، وغرم المضارب خمسمائة لرب المال؛ لأن أحد النصيبين وهو نصيب رب المال هلك قبل القبض، وذلك يوجب انتقاض القسمة على ما بينا، وإذا انتقضت القسمة كان الحال فيها

---

(١) وفى م: "لغير الحق".

كالحال قبلها، وقبل القسمة لو أخذ المضارب من الربح ألفًا لنفسه، وهلكت فى يده، غرم خمسمائة لرب المال؛ لأنه قبضها لنفسه على سبيل التملك، فصار ضامنًا لما قبضه، والألف الأخرى هلكت أمانة؛ لأنه لم يحدث فيها ما يجعلها مضمونة، فهلكت فى يده أمانة، فكذا إذا انتقضت القسمة بهلاك أحد النصيبين[1] قبل.

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "النصفين".

الفصل الثالث والعشرون
فى موت المضارب

١٨٢٥٦- وإذا مات المضارب والمضاربة دراهم فى يد المضارب، وهى معروفة أنها مضاربة، وعلى المضارب دين[١]، فإن رب المال يأخذ رأس ماله قبل الغرماء، وهل يأخذ الربح إن كان الربح ظاهراً؟ وقد عرف وصوله إلى المضارب، كان لرب المال أن يأخذ نصف الربح أيضًا قبل الغرماء، ثم ما بقى من حصة المضارب من الربح يكون بين غرماءه، وإنما كان كذلك لأن مال المضاربة إذا كانت معروفة أنها مال المضاربة فى يد المضارب والربح كذلك، فهو بمنزلة وديعة معروفة لغيره، ولو كان عنده وديعة معروفة لغيره، كان لصاحب الوديعة أن يأخذها قبل الغرماء؛ لأن حق غرماء المريض إنما يتعلق بماله لا بمال غيره، وما بقى من حصة المضارب من الربح يكون مقسومًا بين غرماءه؛ لأنه ماله، فيكون مقسومًا بين غرماءه بالحصص كسائر أمواله.

فإن قال غرماء المضارب وورثه: إن الدين الذى على المضارب دين المضاربة، وأنكر رب المال، وقال: لا، بل الدين دين المضارب، لا دين المضاربة، فالقول لرب المال مع يمينه على العلم، وعلى غرماء المضارب، وورثته البينة على ما ادعوا، وذلك لأن رب المال منكر والغرماء وورثة المضارب يدّعون، وإنما قلنا: ذلك لما عُرف فى كتاب الدعوى أن المنكر من كان متمسكًا بما هو الثابت فى الأصل، والمدعى من يدعى أمرًا حادثًا لم يعرف حدوثه، ورب المال يتمسك بما هو الأصل؛ لأن فراغ ماله عن شغل الغير هو الثابت فى الأصيل والشغل عارض، وهذا كمن ادعى على آخر دينًا، وأنكر الآخر كان الذى قبله الدين منكرًا؛ لأنه تمسك بما هو الثابت فى الأصل، وهو فراغ ذمته عن شغل الدين، فصاحب الدين ادعى عارضًا، فكان مدعيًا، فكذا هذا، فإن أقاموا بينة على دعواهم كان دينهم فى مال المضاربة؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أن الدين على المضارب دين المضاربة، كان يقضى من مال المضاربة، فكذا هذا،

---

(١) وفى الأصل: "ديون".

وإن لم تقم لهم بينة على ما ادعوا استحلف رب المال؛ لأنهم يدعون عليه حقًا لو أقر به يلزمه، وهو مما يجرى فيه البدل والإباحة، فإذا أنكر يستحلف على ذلك؛ إلا أنهم يستحلفونه على علمه؛ لأنه استحلاف على فعل الغير، وهو فعل المضارب، فإن حلف برئ عن الدعوى، وإن نكل لزمه الدعوى كما لو أقر به، وإن كان مال المضاربة عروضًا أو دقيقًا أو دنانير، وهى معروفة يعلم أنها مال المضاربة، فإن الذى يلى بيع ذلك وصى المضارب دون رب المال، فإن كان له وصى فيها، وإلا جعل القاضى له وصيًا حتى يبيع ويوفى رب المال رأس ماله، وحصته من الربح وحصة المضارب تقسم بين غرمائه، هكذا ذكر فى المضاربة الكبيرة.

وذكر فى المضاربة الصغيرة وقال: رب المال ووصى المضاربة يتصرفان معًا، فوجه ما ذكر فى المضاربة الكبيرة أن وصى الميت يقوم مقام الميت فيما صح الإيصاء به وبيعه قد صحّ؛ لأن البيع كان حقًا مستحقًا للمضارب لا يملك رب المال أن يمنعه عنه، فيصحّ الإيصاء به، كما يصح بغيره من حقوقه، وإذا صح الإيصاء به قام الوصى مقام المضارب، فكما أن المضارب حال حياته هو الذى يملك بيع[1] ذلك، فكذا وصيه الذى قام مقامه، وليس كالعدل فى باب الرهن إذا مات، فإنه لا يقوم وصيه مقامه فى البيع؛ لأن الإيصاء ببيعه لم يصح؛ لأنه لم يكن حقًا مستحقًا له، إنما كان حقًا مستحقًا للمرتهن بدليل أن الراهن مع المرتهن إذا اتفقا على عزل العدل، صح ذلك منهما، وإذا لم يكن البيع حقًا مستحقًا للمرتهن بدليل أن الراهن مع المرتهن إذا اتفقا على عزل العدل صح ذلك منهما، وإذا لم يكن البيع حقًا مستحقًا للعدل لم يصح الإيصاء به، فلم يقم الوصى مقامه.

ووجه ما ذكر فى المضاربة الصغيرة أن الوصى بمعنى المضارب من وجه، وبمعنى الوكيل من وجه، أما بمعنى المضارب من وجه فلأن الوصى قائم مقام الموصى فى جميع ما كان للموصى، فمن هذا الوجه يكون الوصى بمعنى مضارب ثان، ومن وجه بمنزلة الوكيل؛ لأنه لا يثبت للوصى شركة فى الربح، كما لا يثبت للوكيل حال حياة المضارب شركة فى الربح، ولو كان بمنزلة المضارب الثانى من كل وجه، لم يصح تصرفه من غير

---

(١) وكان فى الأصل وف وم: "بائع ذلك".

إذن رب المال، ولو كان بمنزلة الوكيل من كل وجه، لم يكن له منعه عنه، فإذا كان بينهما قلنا: لا يكون لرب المال أن يمنع وصى المضارب عن البيع كما لا يمنع وكيله بالبيع حال حياته عملا بمعنى التوكيل من حيث إنه بمعنى المضارب من وجه كان لرب المال أن يتصرف مع وصيه توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، بخلاف الوكيل حال الحياة؛ لأنه ليس بمعنى مضارب ثانٍ بوجه ما؛ لأنه لم يقم مقام المضارب فيما كان له، وأما الوصى فقد قام مقامه فى جميع ما كان له قال، وإن لم يكن له وصى، جعل القاضى له وصيًا، كما فى غيره من حقوق المضارب إذا لم يترك وصيًا، فإن أراد رب المال أن[1] يأخذ الدنانير بقدر رأس المال وحصته من الربح، فأعطاه الوصى ذلك فهو جائز لوجهين: أحدهما: وهو أن صلحه رب المال كبيعه الدنانير منه، ولو باع الدنانير من رب المال برأس ماله وبحصته من الربح جاز، فكذا إذا صالحه. والثانى: أن الوصى قائم مقام الموصى، وكان للمضارب هذا حال حياته، فكذا لوصيه.

هذا الذى ذكرنا إذا كان مال المضاربة معروفًا ظاهرًا يعرف بعينه فى يد المضارب، فأما إذا كان لا يعرف فى يده بعينه، وعليه دين الصحة، فرب المال أسوة للغرماء فى جميع ما فى يد المضارب؛ لأن رب المال غريم من غرماءه؛ لأن المضاربة كانت معروفة عند المضارب فى الأصل، فكان بمنزلة وديعة معروفة عنده، وقد مات المودَع مجملا، ولو كان كذلك كان صاحب الوديعة غريما من غرماءه؛ لأن المودع بالتجميل يصير ضامنًا؛ لأنه يصير مستهلكًا الأمانة بالتجميل.

فإن قيل: يجب أن لا يكون رب المال أسوة لغرماء الصحة فيما فى يدى المضارب لوجهين: أحدهما: أن دين رب المال إنما وجب بالتجميل فى آخر جزء من أجزاء حياة المضارب، فيكون دين المرض، فإنه مؤخر عن دين الصحة، والثانى: أن المضارب إنما تضمن بالتجميل إذا بقى مال المضاربة إلى وقت الموت، وقيامه إلى وقت الموت باستصحاب الحال، وأنه يصح حجة للدفع لا للإبطال، فمتى علقنا حق رب المال فى يد المضارب، أبطلنا حق غرماء الصحة فى ذلك القدر باستصحاب الحال، وإنه لايجوز.

قلنا: الجواب عن الأول أن دين رب المال وجب فى المرض، إلا أن سببه وُجد فى

(١) وفى م: "بأن".

حال الصحة ، وهو المضاربة ، فإن المضاربة حالة الصحة كانت ظاهرة ، والدين وجب بسببها ، والدين متى وجب على المريض بسبب ظاهر فى حالة الصحة ، فإنه يساوى دين الصحة كما لو كفل بما ذاب له على فلان فى حال الصحة ، ثم داب له على فلان شىء فى مرض الكفيل ، فإن المكفول له يساوى غرماء الصحة فى الكفيل ؛ لأن سبب وجوب هذا الدين إنما هو الكفالة فى حالة الصحة ، وإنه كان أمرًا ظاهرًا .

وأما الجواب عن الثانى فنقول : نحن اعتبرنا القيام الثابت باستصحاب الحال حجة للدفع ؛ لأنا دفعنا بالقيام الثابت من حيث الظاهر تعلق حق غرماء المضارب بمقدار رأس مال المضاربة ، فإن التعلق لم يكن ثابتًا ، وإنما يثبت مرض ، فنحن بالقيام الثابت من حيث الظاهر دفعنا ثبوت حقهم ؛ لا إنا أبطلناه بعد الثبوت .

١٨٢٥٧- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف ، فأقر المضارب عند موته أنه قد باع بالمال ، واشترى فربح ألفًا ، ثم مات المضارب والمضاربة معروفة ، وللمضارب مال فيه وفاء بالمضاربة والربح ، فإن رب المال يأخذ من مال المضاربة رأس المال ألفًا ، ولا شىء له من الربح ، أما يأخذ رأس ماله من مال المضارب ؛ لأنه مات مجملا لمال المضاربة ، فصار ضامنًا إياه ، ولا يضمن حصته من الربح ؛ لأن الربح لم يكن فى يده فى الأصل ، ووقع الشك فى وصوله إلى يده إن قبضها ثبت يده على الربح ، وإن لم يقبض لا يثبت يده على الربح ، فلاتثبت يده عليه بالشك والاحتمال ما لم يقر بقبض الربح ، وتجهيل ما ليس فى يد المجهل لايوجب عليه ضمانًا كمن عرف مال إنسان فى مكان ، ولم يخبر صاحبه ، لا ضمان عليه ، كذا هذا .

فإن قيل : لما ضمن رأس المال ؛ لأنه بالتجهيل عجز رب المال عن الوصول إلى رأس ماله ، فصار كأنه استهلك رأس المال ، فيضمنه ، هذا المعنى موجود فى حصة رب المال من الربح ؛ لأنه لما لم يبين من عليه الربح ، فقد عجز رب المال عن الوصول إلى حقه من الربح ، فيجب أن يصير ضامنًا لها .

قلنا : إن التجهيل لرأس المال إنما كان سببا للضمان ؛ لأنه استهلكه بالخلط ، فإن رأس المال صار مخلوطا بماله متى لم يبين بحيث لا يمكن تميز مال المضاربة من ماله ، والخلطة استهلاك ، فيكون سبب ضمان ، أو لأنه ترك الحفظ ؛ لأن حالة الموت حال

ثبوت يد الغير على ماله، فإذا لم يفد الغير عن إثبات اليد عليه بالبيان، ضمن كما إذا رأى المضارب إنسانًا يأخذ من مال المضاربة، فيسكت فكان التجهيل سبب ضمان رأس المال بهذين المعنيين، فكلاهما معدومان فى حصته من الربح؛ لأنه لم تثبت يده عليه حتى يصير خالطا لذلك بماله، فيضمنه بسبب الخلط والاستهلاك، ولم يصر تاركا للحفظ بعد التزامه؛ لأنه إنما يلتزم المضارب والمودع الحفظ بالقبض، ولو أنه بعد عقد الإيداع والمضاربة قبل القبض إذا دل إنسانًا على سرقته حتى سرقه، لم يضمن، ولم تثبت يده على الربح، يصير ضامنًا حصته من الربح؛ لأنه أقر بثبوت يده على الربح، وإنه أمانة فى يده، وتجهيل ما ثبت يد الأمين عليه سبب ضمان، فيضمن حصته من الربح مع رأس المال متى أقر بقبض الربح.

١٨٢٥٨-ولو أن المضارب قال فى مرضه: قد ربحت فى المضاربة ألفًا، ووصلت إلى وضاع المال كله، وكذبه رب المال، وقال: لا، بل عندك، وصرت ضامنًا بالجحود، فالقول قول المضارب مع يمينه لا رب المال يدعى على المضارب ضمانًا وهو ينكر، فيكون القول قوله مع اليمين كما فى المودَع، وإن مات قبل الاستحلاف فإنه يستحلف الورثة على العلم؛ لأن رب المال يدعى دينًا على مورّثهم بسبب الجحود.

١٨٢٥٩-ومن ادعى دينًا على الميت وأنكر الوارث، فإنه يستحلف على العلم، فإن حلفوا يرثوا، وإن نكل واحد منهم عن اليمين، لزمه رأس المال، وحصة رب المال من الربح من نصيبه خاصة؛ لأنه أقر بالدين على مورّثه، فيستوفى كله من نصيبه خاصة، وكذلك لو قال المضارب فى مرضه قد دفعت رأس المال إلى رب المال، وحصته من الربح، وكذّبه رب المال، فإن القول قول المضارب مع يمينه، ولا ضمان عليه.

١٨٢٦٠-وإن مات المضارب قبل أن يستحلف، فلرب المال أن يستحلف الورثة على ما بينا فى الفصل الأول، إلا أن هذا يخالف الفصل الأول فى شىء، وهو أن ما فى يد المضارب من حصته من الربح فى زعمه، فإن رب المال يأخذ منه رأس المال، فإن بقى شىء اقتسماه بينهما على ما شرطا، وهذا لأن الأمين مُصدَّق فيما يدعى من براءة نفسه عن الضمان، ولا يصدق فيما يدعى من قبض الأمانة لنفسه؛ لأنه يدعى أن جميع ما فى يده له خاصة، فلا يصدق فى ذلك، ولم يظهر من مال المضاربة إلا هذا القدر استوفى

رب المال رأس مال منه، وبقى شيء يقتسمانه على ما شرطا.

وإن كان على المضارب دين يحيط بماله، وحصة المضارب من الربح غير معروفة، وقد علم أن المضارب قد ربح ألف درهم، ووصلت إليه، فإن رب المال يحاصّ الغرماء فيما في يد المضارب من الربح، ولا يحاصهم مقدار رأس ماله وحصته من الربح؛ لأن المضارب صُدّق في قوله: دفعت رأس المال إلى رب المال وحصته من الربح في أنه لا ضمان عليه، ولا يصدّق فيما يدعى من استخلاص ما في يده[1] لنفسه، وإذا كان كذلك، لم يظهر من مال المضاربة إلا هذا القدر، وكان لرب المال أن يأخذه برأس ماله، فإذا مات مجهلا له، صار ضامنًا هذا القدر لرب المال، فيحاصّ بهذا القدر مع غرماءه.

١٨٢٦١- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فأقر عند موته وعليه دين محيط بماله أنه قد ربح في المال ألف درهم، وأن المضاربة والربح دين على فلان، ثم مات المضارب من مرضه ذلك، فإن صدّقه الغرماء في ذلك، صح تعيين المضارب، ويثبت أن ما على فلان مال المضاربة لتصادقهم على ذلك، وإن كذبوه في ذلك، وقالوا: ما على فلان ليس من مال المضاربة، وإنما هو مال المضارب، لم يصح تعيين المريض إذا لم يعرف ما على فلان للمضاربة إلا بإقراره، وإنما كان كذلك؛ لأنه عيّن شيئًا من ماله للمضاربة وعليه دين الصحة، ولم يعرف ما عيّن للمضاربة إلا بقوله، فإن صدّقه الغرماء في ذلك صح تعيينه. وصار الثابت بتصادقهم كالثابت معاينة.

ولو عاينا أن ما على فلان مال المضاربة والربح يستوفي رب المال أولا رأس ماله وحصته من الربح، ثم حصة المضارب من الربح، تقسم بين غرماءه، فكذا هذا.

وإن كذبوه في ذلك، ولم يعرف ما على فلان مال المضاربة إلا بإقراره، لم يصح تعيينه؛ لأنه قصد بهذا التعيين إبطال حق الغرماء من حيث الظاهر؛ لأنه إذا لم يعرف ما على فلان من مال المضاربة، فقد تعلق بما على فلان حق غرماء الصحة؛ لأن حقهم يتعلق بجميع مال المريض عينًا كان أو دينًا، فهو بهذا التعيين يريد إبطال حق الغرماء، فلا يصح تعيينه إذا لم يصدّقه الغرماء في ذلك، وكان بمنزلة ما لو أقر بمال بعينه أنه مال المضاربة، وربحها وعليه ديون الصحة، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، إن صدّقه الغرماء في

---

(١) وفي ظ وم: "فيما بيده".

ذلك صح تعيينه، وإن كذبوه لم يصح التعيين، وكان رب المال أسوة للغرماء فى مال المضاربة بمقدار رأس المال يضرب به مع الغرماء، ولا يضرب بالربح، وهذا إذا كانت معروفة فى الصحة إلا أنه لم يعرف مال المضاربة إلا بقوله؛ وذلك لأن المضاربة إذا كانت معروفة فى حالة الصحة، فرب المال فى مقدار رأس المال بمنزلة غريم الصحة؛ لأن رأس المال إنما صار دينًا فى تركة المضارب بالمضاربة والتجهيل والمضاربة وُجدت فى الصحة، والتجهيل وُجد معاينة، فصار بمنزلة غريم من غرماء الصحة بمقدار رأس المال، فيضرب مع الغرماء بقدر رأس المال فى مال المضارب، ولا يضرب بشىء من الربح؛ لأن الربح لم يعرف إقراره فى المرض، ودين المرض مؤخر عن دين الصحة، واعتبر بما لو كانت المضاربة غير معروفة فى حالة الصحة، وإنما عرفت بقوله هنا لا يضرب رب المال برأس المال مع غرماء الصحة، فكذا هذا.

هذا إذا كانت المضاربة معروفة فى الصحة، وأما إذا كانت غير معروفة، ولم يعرف إلا بإقراره، فإنه لا يضرب برأس المال مع غرماء الصحة؛ لأن المضاربة إذا لم تعرف إلا بقوله، فهو بمنزلة دين المرض، وإنه مؤخر عن دين الصحة، فكذا هذا.

الفصل الرابع والعشرون
في تصرف المضارب مع من لا تقبل شهادته له

١٨٢٦٢- وإذا اشترى الضارب ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة أو الزوجية، بأن اشترى من أبيه أو أمه أو ولده أو من امرأته أو اشترى أو باع للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب الملك كمكاتبه وعبده المديون، وكل وجه من ذلك على ثلاثة أوجه: إما أن يشترى، أو يبيع من هؤلاء للمضاربة بما لا يتغابن الناس في مثله، أو بما يتغابن في مثله أو بمثل القيمة، فإن باع، أو اشترى ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة أو الزوجية، إن باع، أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، فإنه لا يجوز عندهم جميعًا، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فلأنه لو باع أو اشترى من أجنبي لا يتغابن الناس في مثله، لا يجوز عندهما، والأملاك متباينة بينه وبين الأجنبي رقبة ومنفعة، فلأن لا يجوز من هؤلاء بما لا يتغابن الناس في مثله والأملاك متصلة منفعة إن تباينت رقبة أولى، فأما عند أبي حنيفة رحمه الله في الشراء فلأنه لو اشترى من أجنبي بغبن فاحش للمضاربة، لم يجز فمن هؤلاء أولى، وفي البيع فلأن بيع المضارب بغبن فاحش من الأجنبي إن جاز عنده فلانتفاء التهمة ثمة، ووجدت التهمة ههنا في البيع منهم بغبن فاحش فلا، فإن الأملاك متصلة بينه وبينهم منفعة، فيتهم متى حصل البيع والشراء منهم، وإن كان بما يتغابن الناس في مثله، لا يجوز ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، كما في الوكيل الخاص، وعندهما يجوز ذلك من الوكيل الخاص، فلأن يجوز من المضارب، وإنه أعم تصرفا منه أولى، وكل واحد منهم سوّى بين المضارب والوكيل الخاص.

فأما إذا باع أو اشترى من هؤلاء للمضاربة بمثل القيمة، فيجوز عندهم جميعًا، أما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يجوز بغبن يسير، فبمثل القيمة أولى، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله اتفقت الروايات عنه ذلك، واختلفت الروايات عنه في الوكيل الخاص بالبيع والشراء إذا باع أو اشترى من هؤلاء للموكل بمثل القيمة، ذكر في كتاب البيوع أنه لا يجوز، وذكر في كتاب الوكالة أنه يجوز، فأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين

المضارب والوكيل الخاص على رواية كتاب البيوع .

والفرق أنه ظهر للمضارب فضل مزية على الوكيل الخاص فى حق التصرف حتى كان للمضارب التجارة مرة بعد أخرى والتوكيل والإيداع من الغير ، وليس للوكيل الخاص ذلك ، وظهر نقصان رتبة المضارب عن الوصى حتى كان للموصى دفع المال المضاربة ، وأن يشارك فى مال اليتيم ، وأن يكاتب به ويزوّج أمة اليتيم ، والمضارب لا يملك ذلك لما ظهر فضل مزية المضارب على الوكيل ونقصان رتبة المضارب على الوصى فى التصرفات يجب أن يظهر فضل مزية على الوكيل الخاص ، ونقصان مرتبته عن الوصى مع من يعاقده اعتبارًا بمن تعاقد معه بالتصرّف ، وإنما تظهر مرتبة الوكيل فى حق من يعاقده ، ويتصرف معه إذا ملك المضارب البيع أو الشراء من هؤلاء بمثل القيمة ، ولا يملك الوكيل الخاص ، وإنما يظهر نقصان رتبته عن الوصى فى حق من يعاقده إذا ملك الوصى البيع والشراء من هؤلاء بما لا يتغابن الناس فى مثله ، والمضارب لا يملك ذلك إلا بمثل القيمة ، فهذا هو الفرق لأبى حنيفة رحمه الله على رواية كتاب البيوع .

فأما إذا باع أو اشترى ممن لا تقبل له شهادته بسبب الملك ، كمكاتبه وعبده الديون ، فإن باع أو اشترى للمضاربة من هؤلاء بغبن فاحش ، فإنه لا يجوز على المضاربة عندهم جميعًا ؛ لأنه لو باع أو اشترى للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة بغبن فاحش ، لم يجز عندهم جميعًا ، وإن لم يكن للمضارب حق الملك فى مال هؤلاء .

وكذا إذا باع أو اشترى منهما بغبن يسير ، لا يجوز عندهم جميعًا أيضًا ، أما عند أبى حنيفة رحمه الله : فلأنه لو باع أو اشترى للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة بما يتغابن الناس فى مثله ، لم يجز عنده ، وإن لم يكن للمضارب حق ملك فى مال هؤلاء ، فلأن لا يجوز من مكاتبه وعبده المديون وله حق ملك فى مالهما أولى وأحرى .

وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمه الله : فهذا بخلاف ما لو باع أو اشترى للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة ؛ وذلك لأن بيعه وشراءه ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة ، وليس للمضارب فى مال هؤلاء حق ملك ، والبيع والشراء من الأجنبى سواء .

١٨٢٦٣-ولو اشترى، أو باع من الأجنبى مال المضاربة بما يتغابن الناس فى مثله، جاز على المضاربة، فكذا إذا اشترى، أو باع للمضاربة من هؤلاء، فأما إذا باع، أو اشترى مكاتبه، فهو كالبيع والشراء من نفسه من وجه؛ لأن له حق ملك فى مال هؤلاء، ولو باع، أو اشترى من نفسه للمضاربة من كل وجه، لا يجوز على كل حال، فكذا إذا باع أو اشترى من هؤلاء بما يتغابن الناس فى مثله، وإنه بيع وشراء من نفسه من وجه لا يجوز.

فأما إذا اشترى منهما بمثل القيمة فإنه يجوز[1] عندهم جميعًا، أما عندهما فلا إشكال؛ لأن هذا يجوز من الوكيل الخاص، فمن المضارب وأنه أعم تصرفا منه أولى، وأما عند أبى حنيفة رحمه الله: فعلى رواية كتاب الوكالة: لا يحتاج إلى الفرق بين المضارب والوكيل الخاص على مذهبه، وإنما يحتاج إليه على رواية كتاب البيوع، والفرق له على ما ذكرنا فيما إذا اشترى ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة جاز.

وحاصل الجواب فى هذه المسألة أن المضارب إذا باع أو اشترى ممن لا تقبل شهادته له، إن كان بمثل القيمة جاز عندهم جميعًا، وإن كان بما لا يتغابن الناس فى مثله، لا يجوز عندهم جميعًا، وإن كان بما يتغابن الناس فى مثله، لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز إلا من مكاتبه وعبده المديون.

(١) وفى الأصل وم: "لا يجوز".

الفصل الخامس والعشرون
فى العيب وخيار الرؤية

١٨٢٦٤- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، فاشترى بها عبدًا، ثم طعن المضارب بعيب فى العبد، كان الخصم فى ذلك هو المضارب دون رب المال، وإذا أقام البينة أن هذا العيب كان عند البائع، فإنه يرده عليه؛ لأن المضارب فى حقوق العقد بمنزلة المالك، والرد بالعيب من حقوق العقد؛ لأنه يجب به، فيكون المضارب فى ذلك كالمالك، ولو كان مالكًا، وقد أقام بينة على ما ادعى من العيب، يرد على بائعه، فكذا المضارب.

فإن ادعى البائع الرضاء بالعيب على المضارب، فإنه يستحلف على ذلك بالله ما رضيت بهذا العيب، ولا عرضته على بيع؛ لأن الوكيل الخاص بالشراء لو أراد الرد بالعيب، وادعى البائع رضا الوكيل بالعيب، وطلب يمينه، فإنه يستحلف المضارب، فإنه أعم تصرفا من الوكيل الخاص، وله حق فيما اشترى أولى، فإن أقر المضارب أنه قد رضى بالعيب، وأبرأه منه، أو عرضه على بيع منذ رآه، فإنه لا يرده على بائعه كالوكيل الخاص، إلا أنه إذا لم يمكنه الرد على بائعه، فإنه يكون ما اشتراه على المضاربة ولاء يلزم المضارب.

وذكر فى كتاب الوكالة فى الوكيل الخاص: أنه إذا رضى بالعيب، قال: إن كان قبل القبض، يلزم[1] الموكل، وإن كان بعد القبض، يلزم الوكيل، إلا أن يشاء الموكل أن يأخذه كذلك معيبًا، وفى المضارب لم يفصل بينما إذا رضى بالعيب قبل القبض أو بعده.

فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: الجواب فى المضارب كالجواب فى الوكيل الخاصّ؛ لأن المضارب وكيل بالشراء، فيكون الجواب فيه على التفصيل الذى ذكره فى الوكيل الخاصّ، ألا ترى لو اشترى المضارب بغبن فاحش، ذكر أنه يلزمه خاصةً،

(١) وفى الأصل: "فإنه يلزم".

واعتبره بالوكيل الخاصّ فى ذلك، فكذا فى حق الرضاء بالعيب يعتبر به.

ومنهم من يقول: المضارب إذا رضى بالعيب، فإنه لا يلزمه، وإنما يلزم المضاربة، سواء رضى بالعيب قبل القبض أو بعده، بخلاف الوكيل الخاص، فإنه إن كان بعد القبض يلزمه، ثم اختلفوا فى الفرق بينهما، وأصح ما قيل فيه أن الرضى بالعيب من صنيع التجار، فإنهم يرضون بالعيب إذا زاد الربح على العيب، وقد أمر المضارب بالتجارة مرة بعد أخرى، فيدخل الرضى بالعيب تحت المضاربة لأجل البيع مرة بعد أخرى، وإن كان تبرعًا كالتأجيل والإعارة، وكان بإذن رب المال، فجاز على رب المال. فأما فى الوكيل الخاص فما صنع إن كان من صنيع التجار، إلا أنه لم يؤمر بالتجارة مرة بعد أخرى، فلا يكون الرضى بالعيب داخلا تحت الوكالة، فيكون بغير إذن رب المال، فيلزمه، ولا يلزم الموكل.

١٨٢٦٥-هذا إذا ادعى البائع الرضى بالعيب على المضارب، فأما إذا ادعى الرضى به على رب المال، وأنكر المضارب، فأراد أن يستحلف رب المال والمضارب على ذلك، فإنه لا يستحلف لا المضارب ولا رب المال، أما رب المال فلكونه أجنبيًا؛ لأن المضارب فى حق الحقوق بمنزلة المالك، والرد بالعيب من حقوق العبد، فيكون المضارب فيه بمنزلة المالك كأنه اشترى لنفسه، فعلى هذا الاعتبار يكون رب المال أجنبيًا.

١٨٢٦٦-ولو ادعى الرضى على أجنبى، وأراد استحلافه لا يستحلف، فكذا هذا، وأما المضارب فلأنه لم يتوجه عليه هذه الدعوى، فإنه لم يدّع الرضى على المضارب، فأولى أن لايستحلف، ونظير هذا ما إذا ادعى رجل على صبى محجور أنه استهلك ماله، وأنكر الصبى فإنه لا يستحلف الصبى ولا وصيه، أما الصبى فلأنه محجور، والخصومة مع المحجور لاتصح، واليمين على المدعى عليه إنما يجب بعد صحة الدعوى، وأما الوصى فلأن الصبى الذى توجه عليه الدعوى لم يستحلف، فالوصى ولم يتوجه عليه هذا الدعوى أولى.

فإن قيل: إذا ادعى البائع رضى الأجنبى إنما لا يستحلف الأجنبى ولا المضارب؛ لأن رضى الأجنبى بالعيب لا يصح، ألا ترى أن المضارب لو أقر بذلك لا يصح، وهنا رضى رب المال بالعيب صحيح حتى تسمع البينة على ذلك، ولو أقر به المضارب لم يكن

له حق الرد بالعيب، وكان يجب أن يستحلف المضارب على ذلك؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يجب أن يستحلف على ذلك.

قلنا: إن رب المال بمنزلة الأجنبى من وجه، وبمنزلة المشترى بنفسه من وجه. أما بمنزلة الأجنبى من وجه فلأن المضارب فى حق حقوق العقد بمنزلة المالك، كأنه اشترى لنفسه، فيكون رب المال بهذا الاعتبار أجنبيًا، ومن حيث إنه نائب عن رب المال فى حق الملك فإن الملك يقع لرب المال، يكون رب المال كالمشترى بنفسه من هذا الوجه، فيكون الرضى بالعيب حاصلا من المشترى، فوفرنا على الأمرين حظهما، فلكونه أجنبيًا من وجه لم يصح هذه الدعوى فى حق استحلاف المضارب، كما لو ادعى رضى الأجنبى، ولكونه بمنزلة المشترى من وجه صح الدعوى فى حق إقامة البينة على رب المال توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، إلا أنا أظهرنا صحة الدعوى فى سماع البينة وفساد الدعوى فى حق الاستحلاف؛ ليمكننا العمل بالأمرين؛ لأنا متى أظهرنا صحة الدعوى فى حق الاستحلاف، لابد أن تعتبر صحيحة فى حق البينة؛ لأنه لا يستحلف إلا الأصل فى الدعوى، ومتى ظهر صحة الدعوى فى حق إقامة البينة، لا تظهر فى حق الاستحلاف؛ لأن البينة قد تسمع على النائب. ألا ترى أن فى مسألة الصبى لو أقام المدعى البينة على الوصى سمعت، ولو أراد استحلاف الوصى لم يكن له ذلك.

١٨٢٦٧- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، فاشترى بها عبدًا يساوى ألفًا، وقد رآه رب المال ولم يرَه المضارب، فالمضارب بالخيار إذا رآه؛ لأنه فى حقوق العقد كالمالك، كأنه اشترى لنفسه، وفى حق الملك نائب عن رب المال كأنّ رب المال اشتراه بنفسه، وأى الأمرين ما اعتبرنا يثبت له خيار الرؤية إن اعتبرنا أصالة المضارب فى حق الحقوق يثبت له خيار الرؤية؛ لأنه لم يرَه، وإن اعتبرنا النيابة وجعلنا كأنّ رب المال اشتراه بنفسه من وجه ثبت له خيار الرؤية؛ لأن رب المال لو اشترى بنفسه، ولم يعلم أن المشترى مرئية، يكون له خيار الرؤية؛ لأنه لايثبت منه الرضى بذلك.

ألا ترى أن من اشترى ثوبًا ملفوفًا قد رآه، إلا أنه لم يعلم للمشترى أن رآه، كان له خيار الرؤية، ورب المال إن جعل هنا مشتريًا بنفسه، فإنه لم يعلم أن ما اشتراه مرئية، فكان له خيار الرؤية بالاعتبارين، وهذا بخلاف ما لو عقد المضاربة على أن يشترى بمال

المضاربة عبد فلان بعينه ثم يبيعه، فما كان فيه من فضل، فهو بينهما نصفان، فاشتراه المضارب ولم يرَه، وقد رآه رب المال؛ فإنه لا خيار للمضارب، وذلك لأن خيار الرؤية إن ثبت من حيث إن المضارب فى حق الحقوق بمنزلة الأصيل كأنه اشتراه بنفسه ولم يرَه، لا يثبت له الخيار من حيث إنه نائب عن رب المال فى حق الملك؛ لأنه على هذا الاعتبار يكون رب المال هو المشترى، ولو اشتراه رب المال بنفسه، لا يكون له خيار الرؤية؛ لأنه اشترى ما رآه وهو عالم به، فكذا إذا اشترى نائبه، فأما ههنا فقد أمره بشراء عبد بغير عينه، فلم يعلم رب المال أنه اشترى له ما رآه، وإذا جهل بحال المشترى، صار كأنه اشترى بنفسه، ولم يعلم أنه رآه.

وكل جواب عرفته فى المضارب، فهو الجواب فى الوكيل الخاص إذا اشترى ولم يرَه، وقد رآه موكله، إن كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه، يثبت له خيار الرؤية، وإن كان وكيلا بشراء عبد بعينه، لا يثبت له خيار الرؤية؛ لما ذكرنا فى المضارب.

وكل جواب عرفته فى خيار الرؤية، فهو الجواب فى خيار العيب فى المضارب، والوكيل إذا اشترى عبدًا معيبًا، وقد علم رب المال، إن كان مأمورا بشراء عبد بغير عينه، ثبت خيار العيب، وإن كان وكيلا بشراء عبد بعينه، وقد علم رب المال بالعيب، لا يثبت له خيار العيب، لما ذكرنا فى خيار الرؤية.

فإن كان رب المال لم يرَه، ورآه المضارب فاشتراه، فليس للمضارب خيار الرؤية ولا لرب المال، وذلك لأن خيار الرؤية إن ثبت باعتبار أن رب المال هو المشترى بنفسه فى حكم العقد؛ لأنه لم يرَه، فلا يثبت باعتبار أن المضارب هو المشترى لنفسه فى حقوق العقد؛ لأنه قد رآه فلا يثبت خيار الرؤية، وكان بمنزلة ما لو كان المضارب مأمورًا بشراء عبد بعينه رآه رب المال، ولم يرَه المضارب، لم يثبت خيار الرؤية؛ لأنه من حيث إن رب المال هو المشترى بنفسه من وجه لم يثبت له خيار الرؤية؛ لأنه اشترى ما رآه، وهو عالم به، وباعتبار أن المضارب هو المشترى لنفسه فى حق الحقوق، ولم يرَه، فلم يثبت خيار الرؤية، فكذلك هذا.

والجواب فى الوكيل الخاص بالشراء كالجواب فى المضارب؛ لأن الوكيل الخاص فى حق الحقوق كالمشترى لنفسه، والموكل كالمشترى بنفسه من حيث إن الوكيل نائب

عنه .

١٨٢٦٨- وإذا باع المضارب عبداً من المضاربة؛ ثم أخر المال عن المشترى سنة بعيب طعن فيه المشترى، فذلك جائز على رب المال، ولا يضمن المضارب شيئًا لرب المال؛ لأنه أخر لمكان الجزء الفائت الذى استحق عليه تسليمه، وكان تجارة ومعاوضة، والمضارب يملك التجارة فى مال المضاربة مرة بعد أخرى، ألا ترى أنه لو حُط عن المشترى بعض الثمن بعيب طعن فى المشترى، جاز ذلك، فلأن يجوز التأخر بعيب طعن فيه المشترى كان أولى. بخلاف الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن بعيب طعن فيه المشترى، فإنه لا يصح عند أبى يوسف رحمه الله، وعندهما يصح، ويضمن الثمن للموكل.

والفرق التأخير بعيب طعن فيه المشترى وإن كان تجارة من الوكيل، إلا أن الوكيل بعد ما باع وانتهت وكالته، لا يملك التجارة مرة أخرى فى ثمن ما باع، فكان ما صنع حاصلا بغير إذن الموكل، فيصح على قولهما، ويضمن، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يصح، كما أبرأه عن الثمن، فأما المضارب فيملك التجارة فى ثمن ما باع، ألا ترى أنه لو اشترى به شيئًا جاز، فيكون ما صنعه المضارب فى الثمن من التجارة حاصلا بإذن رب المال، فصح من غير ضمان عندهم جميعًا.

١٨٢٦٩- وإذا باع المضارب عينًا من المضاربة، وطعن فيه المشترى بعيب بعد ما قبضه، والعيب يحدث مثله، فأقر المضارب أنه كان عنده، فردّه القاضى عليه بإقراره، أو قبله المضارب بنفسه من غير قضاء، أو استقال المشترى، فأقاله فذلك جائز على رب المال؛ لأن أكثر ما فيه أن هذه التصرفات بيع جديد فى حق الثالث، ورب المال ثالث، فصار فى حق رب المال كأن المضارب اشترى للمضاربة ما باع من مال المضاربة، إلا أن المضارب يملك ذلك، وبهذه الحرف يقع الفرق بين المضارب وبين الوكيل.

ولو لم يقر المضارب بالعيب، بل أنكره، ثم صالحه المشترى من العيب على شىء، فإن كان قيمة المصالح عليه مثل حصة العيب من الثمن، أو أكثر بحيث يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس فيه لا يجوز. ذكر المسألة فى الأصل من غير ذكر خلاف، فقيل: ما ذكر فى الأصل قولهما، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فيجب أن يجوز على كل حال، وقيل: ما ذكر قول الكل.

الفصل السادس والعشرون
فى دفع مال الصغير مضاربة وفى أخذ مال المضاربة للصغير

١٨٢٧٠ - قال محمد فى "الأصل" : إذا دفع رجل إلى آخر مالا مضاربة لابنه وهو صغير فى عياله على أن يعمل الأب معه بالمال، فما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء فللمضارب ثلثه، وللأب ثلثه، ولابنه ثلثه، فالمضاربة جائزة على هذا الشرط، ومراد محمد رحمه الله صبى يعقل ويقدر على العمل.

أما لو كان صبيًا لا يقدر على العمل، فلا تجوز المضاربة للصبى، فقد ذكر القدورى فى كتابه : إذا أخذ الرجل لابنه الصغير لا يعقل مالا مضاربة ليعمل هو، فالمضاربة للأب، ولا شيء للابن؛ لأن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل، ولم يوجد واحد منهما فى حق الصبى، وفى وضع المسألة فى الأصل إشارة إلى هذا، فإن محمداً رحمه الله قال : على أن يعمل الأب معه بالمال.

قال القدورى : وإن كان الابن يقدر على العمل، فالمضاربة للابن، والربح له يريد به إذا لم يشترط عمل الأب معه، ولم يشترط له شيء من الربح بدليل مسألة "الأصل"، قال القدورى : فإن عمل الأب معه بأمر الابن، فهو متطوع، وإن كان بغير أمره، فهو بمنزلة الغاصب.

١٨٢٧١ - وإذا دفع الأب مال ابنه الصغير مضاربة إلى نفسه، فهو جائز، وإنه مشكل؛ لأن زوال يد الدافع شرط صحة المضاربة، ولم يوجد هنا. والجواب : زال يده من حيث الاعتبار إن لم يزل من حيث الحقيقة؛ لأن قبل دفع المال إلى نفسه كان يد الأب يد نيابة عن الصغير من كل وجه للحفظ، وبعد الدفع صار يده يد نفسه على المال من وجه، حتى يستفيد بهذا اليد ربحًا، وزوال يد النائب على رأس المال من وجه يكفى لصحة المضاربة؛ لأنا متى شرطنا زوال اليد من كل وجه، ما جازت مضاربة أبدًا، فإن يد المضارب يد رب المال من وجه[1].

(١) وفى الأصل : "من كل وجه".

وكذلك إذا أخذ الوصى مالا مضاربة على الصغير الذى فى عياله على أن يعمل معه على أن يكون للوصى الثلث، وللصغير الثلث، ولرب المال الثلث، فهذه المضاربة جائزة.

١٨٢٧٢ - وإذا دفع الوصى مال الصغير إلى نفسه مضاربة، فهو جائز؛ لأن للصغير فيه نفعًا ظاهرًا؛ لأن بالمضاربة يستنمى ماله من غير عوض يستحق من ماله؛ لأن ما يستحقه المضارب من الربح يعتبر جائزًا من عمله الذى هو رأس ماله، لا من مال الصغير، حتى لا يصير إجارة؛ فكان هذا التصرف نفعا فى حق الصغير من كل وجه، والوصى يملك مثل هذا التصرف فى مال الصغير مع نفسه، ثم الأب إذا أخذ مال ابنه الصغير مضاربة لنفسه، أو الوصى إذا فعل ذلك، وشرط عمل الصغير مع نفسه، والصغير يعقل التجارة، ويقدر عليها، فسدت المضاربة؛ لأن الصغير يصير مأذونًا له، والصغير المأذون له فى ماله بمنزلة البالغ، ورب المال إذا كان بالغًا، وشرط عمل نفسه مع المضارب، أليس أنه يفسد به المضاربة، كذا هذا.

الفصل السابع والعشرون
فى الاختلاف الواقع بين المضارب ورب المال

هذا الفصل يشتمل على سبعة أنواع:

١٨٢٧٣- الأول: فيما إذا اختلفا فى مشترى المضارب، هل هو للمضاربة؟

١٨٢٧٤- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى عبدًا بألف درهم، ولم يقل عند الشراء: إنه اشتراه للمضاربة، فلما قبضه قال: اشتريته ناويًا أن يكون على المضاربة، وكذبه رب المال، وقال: اشتريته لنفسك، هل يصدق المضارب فيما قال؟ فهذه المسألة لاتخلو من أربعة أوجه: إما أن يكون مال المضاربة والعبد قائمين وقت إقرار المضارب، أو كانا هالكين، أو كان العبد قائمًا، ومال المضاربة هالكًا، أو كان مال المضاربة قائمًا، والعبد هالكًا، ففى الوجه الأول القول قول المضارب مع يمينه؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه، فإنه لو اشترى العبد للحال صح شراءه للمضاربة، ومن حكى ما يملك استئنافه فإنه يصدق فيما حكى من غير بينة على ما عرف، وإذا صدق فى ذلك فإن هلك مال المضاربة فى يده قبل التسليم إلى البائع، فإنه يرجع على رب المال بثمنه، ويسلم إلى البائع؛ لأنه يثبت شراء مبتدأ للحال، وإذا هلك المال قبل التسليم إلى البائع، رجع على رب المال بألف أخرى، كما لو أنشأ الشراء للحال، وكان الجواب فيه كالجواب فى الوكيل الخاص بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فقال: اشتريت هذا العبد والمال قائم فى يده، والعبد قائم فى يده، وهناك القول قول الوكيل، وجعل كأنه اشترى للحال، فكذا هذا.

وفى الوجه الثانى: لا يصدّق المضارب من غير بينة، ويضمن المضارب للبائع ألف درهم، ولا يرجع على رب المال شيء؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه؛ لأن بعد هلاك مال المضاربة انعزل المضارب، وإذا انعزل لا يملك إنشاء الشراء على المضاربة، فقد حكى أمرًا لايملك استئنافه للحال، فلا يصدق فيما حكى من غير بينة كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال: كنت بعت وكذبه الموكل، فلا يصدق الوكيل إلا ببينة، وكالوصى بعد ما

بلغ الصغير إذا قال: كنت بعت قبل البلوغ.

وكذلك الجواب في الوجه الثالث، وهو ما إذا هلك مال المضاربة، وبقي العبد في يده لا يصدق؛ لأنه أخبر عن الشراء بعد العزل؛ لأن المضارب ينعزل بهلاك مال المضاربة، ورأس المال ههنا هالك من كل وجه، فانعزل المضارب، والمضارب بعد العزل إذا أقر أنه اشترى قبل العزل، فإنه لا يصدق من غير بينة، وكان كالوكيل الخاص بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فقال بعد ما هلك المال المدفوع إليه: إني اشتريت هذا العبد، وكذبه الموكل، لم يصدق في ذلك، فكذا هذا.

وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا كان مال المضاربة قائمًا، والعبد هالكًا، ذكر أن المضارب يصدق على رب المال في حق تسليم ما في يده من رأس مال المضاربة إلى البائع، وإذا هلك ما في يده، وأراد أن يرجع على رب المال بألف أخرى، فإنه لا يكون مصدقًا[1]، وذلك لأن رأس المال قائم من وجه هالك من وجه قائم من حيث الحقيقة، هالك من حيث المعنى، فإنه مشغول بثمن عبد هالك؛ لأن المضارب فيما يخبر من الشغل في رأس المال يصدق؛ لأنه مالك للشغل يدًا للحال، فإنه لو اشترى به شيئًا صح ذلك، فيملك الإقرار بالشغل، فصار رأس المال مشغولا بثمن عبد هالك، فيكون هالكًا معنى، ولو كان هالكًا حقيقة بأن هلك رأس المال، لم يكن المضارب مصدقًا فيما حكى من الشراء قبل ذلك؛ لأنه يحكي عن الشراء على المضاربة وهو معزول، ولو كان رأس المال قائمًا حقيقة ومعنًى بأن كان رأس المال مشغولا بثمن عبد قائم، صُدّق فيما أخبر من الشراء في حق تسليم ما في يده إلى البائع، وفي حق الرجوع بمثله على رب المال متى هلك مال المضاربة في يده قبل التسليم إلى البائع، وإذا كان قائمًا من حيث الحقيقة هالكًا معنى صُدّق فيما أخبر من الشراء على رب المال في حق تسليم ما في يده إلى البائع، ولم يُصدّق فيما أخبر في حق الرجوع بمثله على رب المال متى هلك المال في يده قبل التسليم إلى البائع توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، بخلاف ما لو كان رأس المال هالكًا، والعبد قائم؛ لأنه أخبر عن الشراء، ورأس المال هالكًا حقيقة ومعنى، فلم يكن مصدقًا فيما أخبر وجعل كأنه اشترى العبد للحال، ولو اشتراه للحال نفذ الشراء على

(١) وفي الأصل: "مصدقًا في ذلك".

المضارب لا على المضاربة، فكذا هذا.

١٨٢٧٥- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، فاشترى بها عبداً، ثم نقد ثمنه من ماله، وبقيت الألف المضاربة في يده، فقال المضارب: إنما اشتريت العبد لنفسي، وقال رب المال: اشتريته للمضاربة، فهذا على وجهين: إما إن أضاف المضارب الشراء إلى مال المضاربة، بأن قال: اشتريت هذا العبد بمال المضاربة، أو لم يضف الشراء إلى مال المضاربة، ولا إلى ماله، فإن كان أضاف الشراء إلى مال المضاربة، فالقول قول رب المال، ويكون العبد للمضاربة؛ لأنه لما أضاف الشراء إلى مال المضاربة، فقد جُعل مقرّاً أنه اشترى للمضاربة مقتضى إضافة الشراء إلى مال المضاربة؛ لأنه جعل بدل العبد مال المضاربة، والمبدل إنما يكون لمالك البدل، ولو أقر نصّاً أنه اشترى هذا العبد للمضاربة، ثم قال بعد ذلك: اشتريته لنفسي، لم يصدق فيما قال، فكذا إذا ثبت الإقرار بالشراء للمضاربة مقتضى إضافة الشراء إلى مال المضاربة، وكان كالوكيل الخاص بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، وإضافة الشراء إلى الموكل، وهناك لو قال بعد ذلك: اشتريت لنفسي، لا يصدق، فكذا هذا.

فإن قيل: إنما يصير مقراً أن الشراء للمضاربة مقتضى إضافة الشراء إلى مال المضاربة أن لو صحت الإضافة، والإضافة إلى الدراهم ساقطة الاعتبار حتى كان له أن يعطي غيرها.

قلنا: الإضافة إلى الدراهم ساقطة الاعتبار في حق التعيين ضرورة أن لا يصير الثمن مثمنًا، فأما في حق أن يجعل المضارب مقرّاً أن الشراء للمضاربة، فلا ضرورة إلى أن تلغي الإضافة إلى الدراهم، فنعتبرها كما اعتبرنا الإضافة في حق الجواز إذا كان في البلد نقود مختلفة، وفي حق بيان الصفة؛ لأن اعتبار الإضافة في حق الجواز لا يؤدي إلى أن يصير الثمن مثمنًا، فكذا اعتبار الإضافة في أن يجعل المضارب مقرّاً لا يؤدي إلى أن يصير الثمن مثمنًا، وكانت الإضافة معتبرة، وإذا وقع الشراء للمضاربة، فإذا نقد ثمنه من ماله، لا يتحول الشراء إلى المضارب، كما لو اشترى للمضاربة[1] نصّاً، ونقد من ماله، وكان له أن يحبس مال المضاربة بما نقد في ثمن العبد كالوكيل الخاص بالشراء إذا

(١) هكذا في ظ وكان في غيرها: "لنفسه".

كان الثمن مدفوعًا إليه، فاشترى للموكل، ثم نقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يحبس مال الموكل لنفسه، فكذا هذا، فأما إذا لم يضف الشراء إلى مال المضاربة، ولا إلى ماله، فالقول قول المضارب مع يمينه أنه ما اشترى للمضاربة؛ وذلك لأن المضارب لم يصر مقرًا أنه اشترى للمضاربة، لا نصًا ولا اقتضاءً، واحتمل أن هذا الشراء للمضاربة، وأن يكون للمضارب؛ لأنه يملك الشراء لنفسه، فوجب الرجوع فى البيان إليه؛ لأنه أعلم بذلك من غيره، ولأن الحر عامل لنفسه، فيجعل عمله له ما لم يجعل عمله لغيره إما نصًا أو دلالةً، ولا يحكم النقد، وإن كان الحال حال التكاذب، وفى الوكيل الخاص يحكم النقد حال التكاذب؛ لأن تحكيم النقد يوجب أن يكون الشراء للمضارب؛ لأنه وضع المسألة أنه نقد الثمن من ماله، لا من مال المضاربة.

هذا إذا تكاذبا، وإن اتفقا أنه لم تحضر للمضارب نية وقت الشراء، فعلى قول أبى يوسف: بحكم النقد إن نقد من مال المضاربة، كان الشراء للمضاربة، وإن نقد من ماله كان الشراء له، وعند محمد رحمه الله: يكون الشراء واقعًا للمضارب، نقد من ماله أو من مال المضاربة، كما فى الوكيل الخاص على ما عرف فى كتاب البيوع.

نوع منه

فيما إذا اختلفا فى العموم والخصوص فى المضاربة:

١٨٢٧٦- المضارب ورب المال إذا اختلفا، فقال المضارب: دفعت إلى مال المضاربة بالنصف، ولم يسمّ شيئًا، وقال رب المال: إنما أذنت لك فى الشراء، وقال فى الطعام: إن كان قبل التصرف فالقول لرب المال، ولا يكون للمضارب التصرف فى العموم. واعلم بأن العموم فى المضاربة كما يثبت بالتنصيص عليه يثبت بمقتضى لفظ المضاربة، فإذا اختلفا على الوجه الذى ذكرنا، وكان ذلك قبل التصرف، فالقول لرب المال، ويجعل إنكاره العموم نهيًا له عن العموم، ولو ثبت العموم بالنص أو باتفاقهما، ثم نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف، عمل نهيه، فكذلك هذا، وأما إذا كان هذا الاختلاف بعد التصرف، فالقول قول المضارب مع يمينه استحسانًا، وعلى رب المال البينة، وبالاستحسان أخذ علماءنا الثلاثة، والقياس أن يكون القول قول رب المال مع

يمينه، وبالقياس أخذ زفر رحمه الله.

وإن كان رب المال يدعى الخصوص بعد التصرف، فالقول لرب المال قياسًا واستحسانًا، وعلى المضارب البينة، وأجمعوا على أنهما إذا اتفقا على الخصوص، واختلفا فى الجنس الذى وقع فيه الخصوص، بأن قال رب المال: أذنت لك فى البر، وقال المضارب: أذنت لى فى الطعام، وكان هذا بعد تصرف المضارب أن القول قول رب المال.

وجه القياس: أن الإذن يستفاد من جهة رب المال، حتى لو أنكر الإذن أصلا ورأسًا، كان القول قوله، فكذا إذا أقر بالبعض وأنكر البعض، يكون القول قوله بهذا الطريق، لو اختلفا فى الجنس الذى وقع فيه الخصوص، كان القول قول رب المال، ودليله العارية، فإنهما لو اختلفا فى العموم والخصوص، قال المستعير: أعرتنى هذه الدابة ولم يسم مكانًا، وقال صاحب الدابة: أذنت لك فى مكان كذا، كان القول قول المعير مع يمينه؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، ودليله البضاعة، فإنه إذا وقع الخلاف بين المبضع والمستبضع فى العموم والخصوص بعد التصرف: قال المستبضع: لم تسم شيئًا، وقال صاحب المال: أذنت لك فى البر، كان القول لصاحب المال مع يمينه، نص على هذا فى "الزيادات"؛ لما ذكرنا أن الإذن يستفاد من جهته، فكذا هذا.

وجه الاستحسان أن مدعى الخصوص ادعى تغيير موجب العقد، وأنكر صاحبه، فيكون القول قول صاحبه، وعلى الذى يدعى تغيير موجب العقد البينة قياسًا على المتبايعين إذا اختلفا فى شرط الأجل أو الخيار، فقال أحدهما: كان فى البيع أجل وشرط خيار، وأنكر الآخر، كان القول قول المنكر للشرط، وعلى المدعى للشرط البينة؛ لأن الذى ادعى الأجل وشرط الخيار ادعى تغيير موجب العقد، فإن موجبه المطالبة بالثمن وإيجاب الملك فى المبيع والثمن، وأنكر الآخر، فكان القول قوله، وكذلك ههنا موجب عقد المضاربة العموم؛ لأن فى لفظ المضاربة ما ينبئ عن العموم؛ لأنها مشتقة من الضرب فى الأرض كلها، والضرب فى الأرض كلها إنما يكون للتجارات كلها لا لنوع منها، فإن نوعًا منها يوجد فى بعض الأرض، وإذا كان فى المضاربة ما ينبئ عن العموم كان موجب المضاربة العموم، فإذا ادعى رب المال الخصوص، فقد ادعى تغير موجب

العقد، فلا يصدق إلا ببينة، بخلاف ما لو اتفقا على الخصوص واختلفا فى النوع الذى وقع فيه الخصوص؛ لأن هناك اتفقا على تغيير موجب العقد، فإنهما اتفقا على الخصوص، فثبت التغيير باتفاقهما، وإنما اختلفا فى النوع الذى وقع فيه الخصوص، فيكون القول قول رب المال؛ لأن الإذن إنما يستفاد من جهته، وكان بمنزلة ما لو اتفق المتبايعان على شرط الخيار، وتنازعا فى مقدار ذلك، كان القول قول من يستفاد من جهته، فأما ههنا فلم يتفقا على تغيير موجب العقد، إنما ادعى ذلك رب المال، وأنكره المضارب، فيكون القول قوله كما لو ادعى أحد المتبايعين شرط خيار[1] أو أجل فى البيع، وأنكر الآخر، كان القول قول الآخر، فكذا هذا، وليس كالعارية والبضاعة؛ لأنه ليس فى لفظ العارية والبضاعة ما ينبئ عن العموم؛ لأن العارية لتمليك المنفعة لا غير، والبضاعة تنبئ عن دفع بعض المال ليشترى به ويبيع، وإنما يثبت العموم متى لم يسم مكانًا ولا مالا فى البضاعة ضرورة أنه ليس بعض الأمكنة وبعض الأموال أولى من البعض، لا بموجب العقد، وإذا لم يكن فى موجب العارية والبضاعة ما ينبئ عن العموم لغة فمدعى الخصوص لا يكون مدعيًا تغيير موجب العقد، والإذن يستفاد من جهته، فيكون القول قوله، بخلاف المضاربة من الوجه الذى ذكرنا.

ولو أقاما جميعًا البينة فيما إذا ادعى المضارب العموم، ورب المال ادعى الخصوص، أو على العكس، إن وقت البينتان وقتًا إحداهما قبل الأخرى، فإنه يقضى ببينة الذى ثبت آخر الأمرين، وذلك لأن العمل بالبينتين ممكن بجعل كأن الأمرين كانا أذنا لهبالعموم أولا، ثم نهاه عن العموم، أو أذن له بالخصوص أولا، ثم أذن له بالعموم، ولما كان العمل بالأمرين، قضينا بهما، ولم نشتغل بترجيح إحداهما على الأخرى.

وهذا نظير ما قالوا: فيمن قال: بعت هذا العبد من فلان بألف درهم فى شهر رمضان سنة خمس وستين، وأقام الآخر بينة أنه اشتراه منه فى شوال سنة خمس وستين بخمسمائة درهم، فإنه يقضى بالعقدين؛ لأن القضاء بالعقدين ممكن إذا علم الأول من الآخر، يجعل كأنه باعه منه أولا بألف درهم فى شهر رمضان، ثم باعه منه ثانيًا فى

(١) وفى الأصل: "آخراً".

شوال بخمسمائة درهم، فيكون الثانى ناسخًا للأول، فكذا هذا.

وإن لم توقت البينتان وقتًا، أو وقّتا والوقتان على السواء، أو وقت إحداهما ولم توقت الأخرى، ولم يعلم الأول من الآخر، فإنه يقضى ببينة الذى يدعى الخصوص، وذلك لأنا متى لم نعلم الأول من الآخر، تعذر القضاء بالأمرين؛ لأنه تعذر القضاء بهما معًا؛ لأن العموم والخصوص لا يقعان معًا، وكذا على الترتيب بأن يقدّم إحداهما على الأخرى؛ لأن الشهود لم يشهدوا به بالترتيب، وليس إحداهما بأن يقدم على الآخر بأولى، فتعذر القضاء بهما، وإذا تعذر القضاء وجب ترجيح إحداهما على الأخرى، فرجحنا بينة من يدعى الخصوص على بينة من يثبت العموم؛ لأن مدعى الخصوص يثبت ما ليس بثابت، وأثبته[1] بالمدعى، وكان البينة أولى بالقبول.

ونظيره فى مسألة البيع: أن لو أقام البائع البينة على البيع بألف، والمشترى أقام البينة أنه اشتراه منه بخمسمائة، ولم توقت واحدة من البينتين وقتًا حتى تعذر القضاء بهما معًا، وهناك اشتغلنا بالترجيح، فقبلنا بينة البائع؛ لأنها أكثر إثباتًا، فكذا هذا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن العمل بهما جميعًا ممكن إذا علم الأول من الآخر، ومهما أمكن العمل بالبينتين يعمل بهما، ولا يشتغل بالترجيح، إنما يشتغل بالترجيح إذا تعذر العمل بهما، وأمكن العمل بإحداهما، هكذا ذكر فى "الأصل".

وفى القدورى: إذا أقاما البينة، والمضارب يدعى العموم، فإن نص شهوده أنه أعطاه مضاربة فى كل تجارة، فالبينة بينته، وإن لم يشهدوا بهذا الحرف، فالبينة بينة رب المال، فإذا اتفقا على الخصوص، واختلفا فى النوع الذى وقع فيه الخصوص بعد ما تصرف المضارب فى المال، فأقاما جميعًا البينة، فالجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا فيما إذا اختلفا فى العموم والخصوص إذا أقاما جميعًا البينة.

وإن وقت البينتان وقتًا إحداهما قبل الأخرى، فإنه يعمل بهما، ويكون أخراهما ناسخًا للأولى، وإن لم يعلم الأول من الآخر بأن وقتا على السواء، أو لم يوقتا، أو وقت إحداهما دون الأخرى، وجب الاشتغال بترجيح إحداهما دون الأخرى، وكانت بينة المضارب أولى بالقبول؛ لأنها أثبت ما هو غير ثابت، وكذلك هذا.

---

(١) وفى الأصل: "وكان ما اشتد".

وعن أبى يوسف رحمه الله: إذا قال المضارب: أمرتنى أن أخرج إلى جميع البلدان، أو قال: لم تأمرنى بشيء، وقال رب المال: أمرتك أن تخرج إلى البصرة وحدها، فالقول قول المضارب، ولو قال المضارب: أمرتنى أن أخرج إلى البصرة والكوفة، وقال رب المال: أمرتك أن تخرج إلى البصرة وحدها، فالقول قول رب المال.

النوع الثالث[1] فى اختلافهما فى مقدار الربح المشروط للمضارب وفى اختلافهما فى جهة قبض المال:

١٨٢٧٧- وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وربح فيها ألفًا، ثم اختلف المضارب ورب المال، فقال المضارب: شرطت لى نصف الربح، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح، فالقول قول رب المال؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، فإن المضارب ادعى زيادة ربح، وأنكرها رب المال، فيكون القول قوله؛ لأنه لو أنكر شرط الربح أصلا ورأسًا، وقال: ما دفعت إليك المال مضاربة، بل أبضعتك، كان القول قول رب المال، فكذا إذا أنكر زيادة شرط فى الربح، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المضارب لوجهين: أحدهما: أن بينة المضارب تثبت زيادة شرط فى الربح لا تثبتها بينة رب المال، والبينات شرعت للإثبات لا للنفى، فكانت بينة المضارب أولى بالقبول، والثانى: أن رب المال ببينته يثبت ما هو ثابت، فإن القول[2] قول رب المال أنه شرط ثلث الربح، والمضارب ببينته يثبت ما هو غير ثابت، فكانت أولى بالقبول.

ولو كان رب المال قال: شرطت لك مائة من الربح، أو قال: دفعت إليك المال مضاربة، ولم أشترط لك شيئًا من الربح، ولك أجر مثل عملك، وقال المضارب: لا، بل شرطت لى نصف الربح، فالقول قول رب المال مع يمينه.

وكان ينبغى أن يكون القول قول المضارب؛ لأنه مدعى الجواز، ورب المال يدعى الفساد، والقول قول من يدعى الجواز لا الفساد، كما ذكره فى النكاح والسلم والبيع إذا ادعى أحدهما الفساد والآخر الجواز.

---

(١) وفى الأصل: "الفصل السابع والعشرون فى اختلافهما".

(٢) وفى الأصل: "فإن القول قوله لأن بينة رب المال... إلخ".

والجواب هذا هكذا إذا اتفقا على نوع العقد، واختلفا في صحته وفساده، فالقول قول من يدعى الصحة، كما في المسائل التي أوردتها، فإنهما اتفقا على النكاح والسلم والبيع، فأما إذا اختلفا في نوع العقد، فإنه لا يجعل القول قول من يدعى الجائز، وإنما يكون القول قول صاحب المال، وإن كان يدعى عقدًا فاسدًا، كما إذا ادعى صاحب المال إجارة فاسدة، والآخر ادعى شراء جائزًا، فالقول قول صاحب المال؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد، أحدهما يدعى بيعًا، والآخر يدعى إجارة، وهما عقدان مختلفان، فكذلك ههنا اختلفا في نوع العقد، فرب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة، وكان مقرًا بمضاربة فاسدة، وهي في معنى الإجارة، والمضارب ادعى المضاربة، فالمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان، فقد اختلفا في نوع العقد، فكان القول قول صاحب المال مع يمينه، إلا أنهما لا يتحالفان في هذه الصورة، وفيما إذا قال لغيره: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقال ذلك الغير: بل وهبته منى، يتحالفان وذلك لأن هناك كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدًا لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف يفيد ثمرته، وهو القضاء بالعقد الذى وقع النزاع فيه، وهنا التحالف لا يفيد ثمرته أن يلزمه العقد الذى يستحلف عليه إذا نكل، وهنا متى وجب التحالف على دعوى العقد إذا نكل أحدهما، لا يلزمه العقد؛ لأن المضارب ادعى مضاربة جائزة لو أقر بها رب المال، لا يلزم، فإن[1] له فسخها خصوصًا إذا كان رأس المال ناقصًا، والمضارب إذا نكل لرب المال، لا يلزمه ما ادعاه رب المال؛ لأنه ادعى إجارة فاسدة، والإجارة الفاسدة غير لازمة، فتعذر إيجاب التحالف على دعوى العقد، فاعتبرنا حاصل الدعوى والإنكار، والمضارب في الحاصل يدعى على رب المال زيادة ربح على أجر المثل ينكرها رب المال، فيكون القول قول رب المال مع يمينه، ولو كان المضارب قال: شرطت لى ثلثه، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم، ولك على أجر مثل عمل، فإن القول قول المضارب، وله ثلث الربح، ولا يصدق رب المال على ما ادعى من الفساد، وذلك لأنهما اتفقا ههنا على نوع العقد، وهو المضاربة، فإن رب المال أقر بما يكفى لصحة المضاربة، فإنه أقر أنه شرط له ثلث الربح، وهذا كاف لصحة المضاربة، والمضارب ادعى ثلث الربح أيضًا، فقد اتفقا على

(١) وفي ظ: "قال".

المضاربة، إلا أن رب المال بدعواه أنه شرط له زيادة عشرة دراهم على ثلث الربح ادعى شرطًا زائدًا يوجب فساد العقد، وأنكر المضارب ذلك، فيكون القول قول المضارب كما في البيع إذا اتفقا على البيع، وادعى أحدهما أجلا مجهولا وخيارًا مجهولا يوجب فساد العقد، وينكر الآخر الشرط الفاسد، فكذا هذا، بخلاف ما لو قال رب المال: شرطت لك مائة، وقال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، أو قال: دفعت إليك المال مضاربة، ولم أشترط شيئًا؛ لأن رب المال لم يقر بالمضاربة، فإنه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة حتى يجعل مقرًا بما هو مضاربة، وكان مدعيًا إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة، فقد اختلفا في نوع العقد، فكان القول قول صاحب المال، وإن كان مدعيًا للعقد الفاسد على ما بينا، بخلاف ما نحن فيه.

وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعى، كانت البينة بينة رب المال للوجهين اللذين ذكرناهما في المسألة المتقدمة في جانب المضارب.

١٨٢٧٨-ولو أن رب المال ادعى أنه شرط للمضارب ثلث الربح إلا عشرة، وقال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، كان القول قول رب المال، وذلك لأن دعوى رب المال أنه شرط له ثلث الربح إلا عشرة دراهم دعوى منه أنه شرط له بعض الثلث؛ لأنه استثنى العشرة من الثلث، فيكون متكلمًا بما وراء المستثنى منه، وما وراء المستثنى وهو العشرة من الثلث مجهول؛ لأنه إن كان ثلث الربح عشرين، كان المشروط له نصف الثلث، وهو سدس المال، وإن كان ثلث الربح أربعين، كان ملاشروط له ثلاثة أرباع الثلث، وذلك ربع[1] الربح، فثبت أن ما وراء المستثنى من الثلث مجهول، فصار تقدير ما قال رب المال شرطت لك بعض الثلث من الربح، وإنه لا يكفي لصحة المضاربة؛ لأنه شرط له ربحًا مجهولا، فكان هذا وقوله لم أشترط لك شيئًا من الربح سواء.

١٨٢٧٩-ولو قال رب المال: لم أشترط لك شيئًا من الربح، والمضارب يقول: شرطت لي ثلث الربح، كان القول قول رب المال، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المضارب لوجهين على ما ذكرنا.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في ف وم: "وذلك عن الربح مثل ثمنه فثبت... إلخ" وكان في الأصل: "وذلك عن الربح مثل عينه".

١٨٢٨٠ - ومن دفع إلى غيره مالا مضاربة، فاشترى به وباع، فوضع وضيعة، فقال رب المال: شرطت لك نصف الربح ولم تربح شيئًا، وقال المضارب: شرطت لى ربح مائة، أو قال: دفعت إلى المال مضاربة، ولم تشترط لى ربحًا، فلى أجر مثله فيما عملت، فالقول قول رب المال مع يمينه لى ربح مائة، أو قال: دفعت إلى المضاربة عقدًا جائزًا، فلأن يجعل القول هنا قول صاحب المال، وإنه يدعى عقدًا جائزًا، والمضارب يدعى عقدًا فاسدًا أولى.

وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة رب المال، وإذا أقام المضارب البينة أنه دفع إليه المال مضاربة، ولم يشترط له شيئًا؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن الأمرين كانا، يجعل كأنه دفع المال إليه مضاربة، ولم يشترط له شيئًا، ثم قال: دفعت إليك مضاربة وشرطت لك ثلث الربح، وقبل ذلك المضارب، ومهما أمكن من العمل بالبينتين، لا يشتغل بالترجيح، وإنما قدمنا المضاربة الفاسدة على الجائزة؛ لأن الجائزة ترد على الفاسدة من الوجه الذى ذكرنا.

فأما الفاسدة من الوجه الذى ادعاه المضارب لا يرد على الجائز، فإذا دفع إليه أولا مضاربة بالنصف، ثم قال: دفعت إليك مضاربة، فإنه لا يثبت بهذا مضاربة فاسدة، ويكون إخبارًا[1] بالمضاربة الفاسدة على الجائزة، ومتى وجب تقديم الفاسدة على الجائزة، كانت البينة بينة رب المال، هذا إن لم نشتغل بالترجيح، وإن اشتغلنا بالترجيح فله وجه، وهو أن بينة رب المال مثبتة صورة من كل وجه، فلأنها قامت على إثبات عقد، وعلى إثبات شرط فى المضاربة، وهو النصف، ومثبتة أجر مثل من وجه؛ لأنها تثبت نصف الربح، وقد يحصل، وقد لا يحصل، فإن حصل كان فى الربح أجر المثل؛ لأن الربح دراهم، وفى أجر المثل ذلك، وإن لم يحصل لا يكون للمضارب شىء، وبينة المضارب مثبتة ونافية من حيث الصورة، وذلك لأنها قامت على إثبات عقد المضاربة، وإنه إثبات صورة، وعلى أنه لم يشترط فيها للمضارب شيئًا، وإنه نفى، فكانت بينة المضارب من حيث الصورة مثبتة من وجه، نافية من وجه، ومن حيث المعنى مثبتة من كل وجه؛ لأنها تثبت على رب المال أجر المثل متى عمل، وظهر فى المال ربح أو لم

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "ويكون إخبارا عن المضاربة الفاسدة على الجائزة".

يظهر، فالإثبات صورة من كل وجه من بينة رب المال يعارض الإثبات معنى من كل وجه من بينة المضارب؛ لأن البينات تقبل على إثبات الصورة كما تقبل على إثبات المعنى، ألا ترى أن بينة المودَع على رد الوديعة مقبولة وإن كانت نافية لوجوب الضمان من حيث المعنى؛ لأنها قائمة على الإثبات صورة، وهو إثبات الرد، وإذا أقام صاحب الوديعة البينة أنه لم يرد لا تقبل؛ لأنها قامت على النفي صورة، وإن قامت على الإثبات معنى، وهو إيجاب الضمان، فدل أن الإثبات صورة من كل وجه في البينات كالإثبات معنى، بقي من بينة رب المال الإثبات معنى من وجه، والنفي من وجه، ومن بينة المضارب الإثبات من وجه والنفي من وجه، فاستوى ثم ترجح بينة رب المال؛ لأن النفي ملفوظ به في بينة المضارب؛ فإنهم شهدوا أنه لم يشترط له شيئًا، وإنه نفي لفظًا، ولا نفي في بينة رب المال من حيث اللفظ، إنما النفي من حيث المعنى من وجه، فيكون دون النفي الثابت لفظًا، فترجح بينة رب المال على بينة المضارب من هذا الوجه.

وهذا بخلاف ما إذا ادعى رب المال الإبضاع، والمضارب ادعى أنه دفع إليه مضاربة، ولم يشترط له شيئًا، وأقاما جميعًا البينة، فقد ذكر أن البينة بينة المضارب مع أنها قامت على النفي من وجه كما في هذه المسألة، وذلك لأن كل واحد من الأمرين مما يرد على آخر، فإن البضاعة ترد على المضاربة الفاسدة، فإنه يُعَدُّ[1] ما دفع إليه مضاربة، ولم يشترط له شيئًا إذا قال: أبضعتك، ورضي به المضارب بضاعة، والمضاربة الفاسدة ترد على البضاعة متى كان رأس المال قائمًا بأن قال: دفعته إليك مضاربة بالنصف مثلا، ولابد من تقديم أحد العقدين على الآخر حتى يمكن القضاء بالعقدين جميعًا، وليس إحداهما بأن يقدم بأولى من الآخر ولا ترجيح، فتعذر القضاء بالبينتين كما قالوا: في عبد في يدي إنسان ادعى الخارج أن ذا اليد أقر له بهذا العبد، وذو اليد ادعى مثل ذلك على الخارج، وأقاما جميعًا البينة، يتهاتران جميعًا عندهم؛ لأنه لا يمكن العمل بهما إلا بتقديم أحد الإقرارين على الآخر، وليس أحدهما بالتقديم بأولى من الآخر، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، فتهاترتا، فأما ههنا إن تعذر العمل بالبينتين إذ لم يثبت سبق أحد الأمرين على الآخر، فقد أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى بزيادة إثبات، وهي بينة المضارب، وذلك لأن بينة رب المال مثبتة من كل وجه، فإنها أثبتت عقدًا، وهو

(١) وفي م وف: "بعد".

الإبضاع، ولم تثبت شرطًا، ولكنها نافية من كل وجه، فإنها تنفى وجوب أجر المثل من كل وجه، وبينة المضارب من حيث الصورة نافية من وجه، مثبتة من وجه، من حيث إنها أثبتت عقدًا فهى مثبتة، ومن حيث إنها أثبتت نفى شرط كانت نافية صورة، إلا أنها معنى مثبتة من كل وجه، والإثبات معنى من كل وجه معارض بالإثبات صورة من كل وجه من بينة رب المال، بقى من بينة المضارب الإثبات صورة من وجه، والنفى من وجه، ومن بينة رب المال النفى من كل وجه، فترجح الإثبات من وجه دون وجه على النفى من كل وجه، وكانت بينة المضارب أولى من هذا الوجه.

وإن أقام المضارب البينة أنه شرط له من الربح مائة درهم، ولى عليه أجر المثل، وأقام رب المال البينة أنه شرط له نصف الربح، فالبينة بينة المضارب؛ وذلك لأن البينتين استوتا فى الإثبات من حيث الصورة، فإن بينة رب المال أثبت عقدًا وشرطًا، وهو اشتراط النصف للمضارب، وبينة المضارب أثبت عقدًا وشرطًا، وهو اشتراط المائة، فقد استوتا فى الإثبات صورة من هذا الوجه، ثم ترجحت بينة المضارب على بين رب المال لوجهين: أحدهما: وهو أن بينة المضارب مثبتة معنى لأجر المثل من كل وجه، وبينة رب المال مثبتة معنى من وجه، فإنها تثبت أجر المثل من وجه متى ظهر الربح، فإن فى الربح أجر المثل، ونافية للأجر متى لم يظهر الربح، فترجحت بينة المضارب، وهى مثبتة من كل وجه على بينة رب المال، وهى من حيث المعنى نافية من وجه مثبتة من وجه.

والثانى: أن رب المال يثبت ببينته ما هو ثابت، فإن القول قول رب المال فيما يدعى، والمضارب يثبت ما هو غير ثابت، فكانت بينة المضارب أولى بالقبول. وقد ذكر فى كتاب المزارعة أن من دفع أرضًا وبذرًا إلى آخر ليزرع بالنصف، فعمل المزارع ولم تخرج الأرض شيئًا، فاختلفا فقال رب المال: شرطت لك نصف الخارج ولا شىء لك، وقال المزارع: شرطت لى عشرة أقفزة منها ولى عليك أجر مثل عملى، وأقاما جميعًا البينة، ذكر أن البينة بينة صاحب الأرض والبذر، لا بينة العامل، وهنا قال: البينة بينة العامل.

قال عيسى بن أبان: يجب أن يكون الجواب فى مسألة المزارعة كالجواب فى مسألة المضاربة؛ لأن المزارع أثبت شرطًا فى المزارعة، وهو اشتراط عشرة أقفزة كالمضارب

أثبت اشتراط مائة فى المضاربة، وكان مسألة المزارعة نظير ما إذا أقام المضارب بينة أن رب المال شرط له من الربح مائة من الدراهم، لا نظير ما إذا أقام المضارب بينة أن رب المال شرط له من الربح شيئًا، وكان يطعن من هذا الوجه، ويقول: لا معنى للفرق.

من مشايخنا من قال: لا فرق بين المسألتين، بل فيهما روايتان، ما ذكر فى "المضاربة" يكون رواية فى المزارعة: أن بينة العامل أولى، وما ذكر فى المزارعة يكون رواية فى المضاربة: أن بينة صاحب المال أولى، ففى المسألتين روايتان[١]، إلا أن رواية كتاب المضاربة أصح من رواية كتاب المزارعة كما قال عيسى رحمه الله، وكان الفقيه أبوجعفر يقول: ليس فى المسألة اختلاف الرواية، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع مسألة المزارعة أن المزارع أقام البينة على أنه شرط له عشرة أقفزة أو عشرين قفيزًا، وموضوع مسألة المضاربة أنه شرط له مائة درهم فإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع من هذا الوجه، وبيان ذلك أن العامل إن أقام البينة على إثبات شرط فى المزارعة إلا أنه من حيث المعنى كأنه أقام البينة على أنه يشرط له شيئًا، وذلك لأنه أثبت اشتراط عشرة أقفزة، وإنها مما لا تستحق بحال أخرجت الأرض شيئًا أو لم تخرج، إنما استحق أجر المثل، وإنه دراهم أو دنانير، وليس فى الدراهم والدنانير قفيزان، فإذا كان ما يثبته المزارع من الشرط مما لا يستحقه المزارع بحال، وهذا حكم النفى صار من حيث المعنى، كأنه أقام البينة على أنه لم يشترط شيئًا، ولو نفى الشرط من حيث الحقيقة كانت بينة رب الأرض أولى، فكذا إذا نفى من حيث المعنى، وفى مسألة المضاربة أقام المضارب بينة على أنه شرط له مائة درهم، وقد يستحق هذا الشرط، وإن قضينا له بأجر المثل؛ لأنه أثبت اشتراط دراهم وفى أجر المثل دراهم، فكانت بينة المضارب قائمة على إثبات المشروط من حيث الصورة والمعنى جميعًا، وتحتها إيجاب أجر المثل على كل حال، فصار أولى من بينة رب المال، وتحتها نفى أجر المثل بحال، وهى مهما[٢] لم يظهر الربح.

قياس مسألة المائة من المزارعة أن لو أقام المزارع البينة أنه شرط له مائة درهم،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "ففى المسألة روايتان".

(٢) وفى الأصل: "مما".

ورب المال يقول: شرطت نصف الخارج، ويقيم على ذلك بينة، ولو كان كذلك كان بينة المزارع أولى كما فى المضاربة، وقياس مسألة المزارع على القفزان من مسألة المضاربة أن لو أقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئًا، ولو كان كذلك كان بينة رب المال أولى، وإذا ادعى المضارب أنه دفع إليه المال مضاربة، وشرط له ربح مائة، أو ادعى أنه لم يشترط له شيئًا، أو ادعى أنه شرط له نصف الربح، وقال رب المال: إنما دفعت إليه المال بضاعة، فالقول قول رب المال مع يمينه، وذلك لأنهما اختلفا فى نوع العقد إذا ادعى المضارب المضاربة، إن ادعى أنه شرط له النصف، أو الإجارة الفاسدة إن ادعى أنه شرط له ربح مائة، أو دفع المال إليه مضاربة، ولم يشترط له شيئًا، وادعى رب المال البضاعة، وأنهما عقدان مختلفان.

وقد ذكرنا أن الاختلاف متى وقع فى نوع العقد، كان القول قول رب المال، فإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنه يثبت ببينته شركة فى الربح إن أثبت مضاربة جائزة، أو أجر المثل إن أثبت المضاربة الفاسدة، ورب المال ينفى ذلك، فكانت بينة المضارب أولى بالقبول، وإذا كانت بينته أولى بالقبول، فإن كان شهوده شهدوا له بنصف الربح، فله ذلك، وإن شهدوا أنه شرط له مائة درهم، أو لم يشترط له شيئًا، فله أجر المثل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة.

١٨٢٨١- وإذا قال المضارب بعد ما تصرف وربح: أقرضتنى هذا المال، وربحت فيه، فالربح كله لى، وقال رب المال: دفعته إليك مضاربة بالثلث، أو قال: دفعته إليك بضاعة، أو قال: دفعته إليك مضاربة، ولم أسم لك ربحًا، أو قال: بربح مائة درهم، فالقول قول رب المال، وعلى المضارب البينة؛ لأنهما قد اختلفا فى نوع العقد، العامل ادعى القرض، ورب المال ادعى المضاربة، إن ادعى أنه شرط له ثلث الربح، أو الإجارة الفاسدة إن ادعى أنه سمى له مائة من الربح، أو لم يشترط أنه سمى له مائة من الربح، أو لم يشترط له ربحًا أو البضاعة، وفى مثل هذا كله القول قول صاحب المال، وإذا كان القول قوله مع يمينه فى الفصول كلها، صار الثابت بقوله كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه دفع إليه بضاعة كان الربح مع رأس المال كله لرب المال، ولا شىء على رب المال للعامل، فكذا إذا أثبت البضاعة بقوله، وإن كان قال رب المال: إنه مضاربة بالثلث، أخذ المضارب ثلث الربح، وذلك لأن المضارب مع رب المال تصادقا على الثلث، غير

أن رب المال ادعى أن الثلث له بجهة المضاربة، والعامل ادعى أن الربح كله له بحكم القرض، ومن ضرورة ذلك كون الثلث له، فقد تصادقا على كون ثلث الربح له، واختلفا في جهته فيه لاعتبار الجهة لاختلافهما، ووجب القضاء بما تصادقا عليه، وهو ثلث الربح، وكان العامل مضاربة بالثلث.

وإن كان قال رب المال: دفعت المال إليه مضاربة بغير تسمية ربح، أو بربح مائة درهم، فالمال كله لرب المال، وللمضارب أجر مثل عمله؛ لأن العامل زعم أن جميع الربح ملكه، وأن رب المال أقر له بأجر مثل عمله، وأنكر أن يكون الربح له، فكان للعامل أن يأخذ أجر مثل عمله من رب المال قضاء عما وجب له من ضمان الربح على رب المال بزعمه.

وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة العامل؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض، فإن القرض يرد على المضاربة، وهي لا ترد على القرض، فكان تقديم المضاربة على القرض، وفيه عمل بالبينتين أولى من تقديم القرض على المضاربة، وإذا وجب تقديم المضاربة ضرورة، والثابت ضرورة كالثابت معاينة، فصار كأنا عاينا أنه دفعه إليه مضاربة أو بضاعة ثم أقرضه إياه، وهناك يصح القرض، وجميع الربح للمضارب، فكذا هذا.

١٨٢٨٢-هذا إذا لم نشتغل بالترجيح، وإذا اشتغلنا به، فالترجيح لبينة المضارب، وذلك لأن بينة رب المال يثبت ما هو ثابت، فإنها تثبت بقاء ملكه في رأس، وإنه ثابت، والمضارب ببينته يثبت زوال ملكه عن رأس المال، ونقله إلى نفسه، وإنه لم يكن ثابتًا، فكانت بينة المضارب أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول، وكان كمن ادعى عينًا في يده أنه اشتراه من فلان، وفلان يقول: لا، بل أعرتك، أو آجرتك، وأقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة مدعي الشراء؛ لأنه يثبت زوال ملكه، ونقله إلى نفسه، وإنه لم يكن ثابتًا، والآخر يثبت بقاء ملكه فيه، وإنه كان ثابتًا، فكانت بينة الشراء أولى بالقبول؛ لأنها أكثر إثباتًا.

فإن هلك المال في يد المضارب بعد ما اختلفا، فإن العامل ضامن جميع ما في يده لرب المال، عمل أو لم يعمل؛ لأنه ادعى لنفسه ما كان أمانة عنده، فصار جاحدًا،

والأمانة تضمن بالجحود، وكان كالمودع إذا ادعى الوديعة لنفسه صار ضامنًا، ثم ما قال: إنه يضمن جميع ما في يده لرب المال، إنما يستقيم إذا ادعى رب المال البضاعة أو المضاربة الفاسدة؛ لأن جميع المال أمانة في يد العامل في هذه الحالة رأس المال مع الربح كله، وقد ادعى الكل لنفسه، فصار ضامنًا الكل بالجحود، فأما إذا قال رب المال: إنه دفع إليه المال مضاربة بالثلث، فإنه لا يضمن جميع ما في يده لرب المال؛ لأن قدر الثلث ملك العامل في زعمهما، فلا يضمنه بالدعوى لنفسه، وإنما يضمن ما وراءه؛ لأن ما وراء الثلث كان ملك رب المال، وإنه أمانة في يده، وقد جحدها، فيضمن ما وراء الثلث، وذلك ثلثا[1] الربح ورأس المال.

١٨٢٨٣- وإذا قال المضارب: دفعته إليَّ مضاربة، وقال رب المال: دفعته إليك قرضًا، فالقول قول رب المال؛ لما بينا أنهما اختلفا في نوع العقد، فإن هلك المال في يد المضارب، بعد هذا ينظر إن هلك قبل العمل فلا ضمان على المضارب؛ لأن المضارب لو ضمن قبل العمل فإنما يضمن بالقبض؛ لأنه لم يوجد منه عمل، وقد تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال دفعه إليه مضاربة أو قرضًا، والقبض متى كان بإذن صاحب المال، لا يوجب على القابض ضمانًا إلا بالقرض، ولم يثبت القرض، فكان هذا نظير ما قال في كتاب الوديعة: إذا قال المودع: أخذتُ منك هذا المال وديعة، وقال رب المال: لا، بل أخذته قرضًا، وقد هلك المال قبل العمل، لا ضمان عليه؛ لأنهما تصادقا أن القبض حصل بإذن صاحب المال أخذه وديعة أو قرضًا، فكذا هذا، وإن هلك المال في يد المضارب بعد العمل، كان المضارب ضامنًا للمال.

وكان يجب أن لا يكون المضارب ضامنًا؛ لأنهما تصادقا على أن العمل في المال حصل بإذن رب المال، وإن كان قرضًا كما يدعيه رب المال، لكون العمل حاصلا بتسليط رب المال؛ لأنه لما ملكه، فقد سلط على العمل، فيكون العمل حاصلا بتسليطه.

الجواب عنه أن هذا هكذا إذا ثبت الإذن بالعمل، ولم يثبت الإذن[2]؛ لأن صاحب المال يقول: أقرضتك، وإنما عملت في ملكك لا بإذني، والمضارب يقول: عملت في

---

(١) وفي الأصل: "ثلثها".

(٢) وفي الأصل: "ولم يثبت الإذن لصاحب المال بقوله: أقرضتك، وإنما عملت في ملكك لا بإذني".

مالك بإذنك، فلم يتصادقا[1] على أنه كان مأذونًا فى العمل من جهة رب المال، فلم يثبت الإذن، بخلاف القرض؛ لأنهما تصادقا أنه قبض بإذن رب المال مضاربة أو قرضًا.

وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا من ذلك، فالبينة بينة رب المال فى الوجهين جميعًا، ضاع المال قبل العمل أو بعده، ويكون المضارب ضامنًا؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض ضرورة؛ لأن القرض يوجب على المضاربة، والمضاربة لا ترد على القرض، وإذا وجب تقديم المضاربة وتأخير القرض ضرورة إمكان العمل، صار كالثابت معاينة.

ولو عاينا أنه دفع إليه مضاربة، ثم أقرضه بعد ذلك، إذا هلك المال فى يد العامل، ضمن عمل أو لم يعمل، وكذا هذا، وليس شغلنا بالترجيح ببينة رب المال؛ لأنها أكثر إثباتًا لإثباتها عقدًا، وهو القرض، وقبضًا بإذن، وإيجاب ضمان على المضارب، والمضارب أثبت عقدًا، وهو المضاربة، وقبضًا بإذن وشركة فى الربح، ففى حق إثبات العقد والقبض بإذن استوت البينتان فى الإثبات، بقى هذا من بينة المضارب إثبات شركة فى الربح، ومن بينة رب المال إيجاب ضمان على المضارب إلا أن الضمان آكد وألزم من شركة الربح، فإن الشركة فيه قد تكون وقد لا تكون، والضمان يجب على المضارب على كل حال، فكان بينة رب المال أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول من بينة المضارب، فإذا كانت أولى بالقبول، يثبت القرض.

١٨٢٨٤- ولو قال المضارب: دفعت إلى المال مضاربة، وقال رب المال: أخذته منى غصبًا، وقد ضاع المال، هل يضمن المضارب المال؟ إن ضاع قبل العمل فلا ضمان على المضارب؛ لأنه لم يقر بسبب الضمان، فإن سببه قرض أو غصب أو العمل فى ماله، ولم يقرّ بواحد منها، ولم يقر بالعمل والقرض، وإنه ظاهر، ولم يقر بالغصب؛ لأن الغصب نقل وتحويل، ولم يقر المضارب بالنقل والتحويل، بل قال: حوّل ونقل إلى رب المال لما أضاف الفعل، فقال: دفعته إلى، ولا يجعل كينونة المال فى يده حكمًا على أنه هو الذى نقل وحوّله، وإن كان كينونته فى يده آثر النقل والتحويل؛ لأن كينونة المال فى يده، كما يكون بتحويل المضارب يكون بتحويل رب المال، وليس على ذلك دليل،

---

(١) وفى الأصل: "فإن تصادقا".

فلهذا لم يجعل كينونة المال في يده حكمًا على أن النقل والتحويل وُجد من المضارب.

١٨٢٨٥-وإن هلك المال بعد العمل فالمضارب ضامن؛ لأن العمل في مال الغير موجب للضمان، إلا أن يثبت الإذن من المالك، ولم يثبت الإذن هنا، ونظير هذا ما قال في كتاب الوديعة: إذا قال المودَع: دفعته إليّ، وقال رب المال: لا، بل أخذته غصبًا، ثم هلك المال قبل أن يعمل فيه المودَع، لا ضمان عليه، وإن هلك المال بعد العمل ضمن؛ لأن العمل في مال الغير موجب للضمان إلا أن يثبت الإذن، ولم يثبت لما أنكر رب المال، فكان بمنزلة من قال: هدمت جدارك بإذنك، أو أكلتُ مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال.

وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا من ذلك، فالبينة بينة المضارب في الوجهين، سواء هلك المال بعد[1] ما عمل أو قبل أن يعمل فيه، ولا ضمان على المضارب في الحالتين، فقد جعل البينة بينة المضارب في الوجهين جميعًا متى ادعى رب المال أنه أخذه منه غصبًا، والمضارب يقول: دفعته إليّ مضاربة بالنصف، أو أخذته مضاربة بالنصف.

١٨٢٨٦-فرق بين هذا، وبين ما إذا ادعى رب المال القرض، والمضارب يقول: دفعته إليّ مضاربة بالنصف، وأقاما جميعًا البينة، ذكر أن البينة بينة رب المال في الوجهين جميعًا، هلك المال بعد ما عمل أو قبل العمل، ويكون المضارب ضامنًا في الحالين، فقد فرق بين دعوى القرض وبين دعوى الغصب من رب المال.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن بينة رب المال إنما كانت أولى في دعوى القرض؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض، فقدمنا المضاربة ليكون عملا بالبينتين، وإذا قدمنا المضاربة صار كالثابت عيانًا لو عاينا أن المضاربة كانت أولى، والقرض آخرا، كان المضارب ضامنًا هلك المال في يده قبل العمل أو بعده، فكذا هذا، أما في دعوى رب المال أنه أخذه منه غصبًا، والمضارب يقول: دفعته إليَّ مضاربة بالنصف، العمل بالبينتين إنما يمكن إذا قدّمنا الغصب على المضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، فإنه بعد ما أخذ منه غصبًا إذا قال له صاحب المال: اعمل بها مضاربة، صحت المضاربة إذا كان المال قائمًا، فأما لا يمكن العمل بالبينتين متى قدمنا المضاربة؛

(١) وفي ظ وم: "بعمل" مكان "بعد".

لأن المضارب لا يصير غاصبًا مال المضاربة إلا بالخلاف، ولم يدّع رب المال غصبًا على المضارب بالخلاف، وإنما ادعى الغصب من الابتداء، فقدّمنا الغصب ههنا، وأخرنا المضاربة ضرورة إمكان العمل بالبينتين، ولو عاينا أنه أخذه منه غصبًا، ثم جعله مضاربًا في ذلك بالنصف إذا هلك المال في يده قبل العمل أو بعده، لم يكن عليه ضمان، فكذا هذا، فالمعنى الذي لأجله أوجبنا الضمان على المضارب في دعوى القرض في الحالين يوجب هنا أن لا يكون على المضارب ضمان في الحالين.

والثاني: أن بينة رب المال في دعوى القرض إنما كانت أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا من بينة المضارب على ما ذكرنا، وفي دعوى الغصب بينة المضارب أكثر إثباتًا؛ لأن بينة المضارب أثبتت عقدًا وهو المضاربة، وقبضًا بإذن رب المال، وشركة في الربح، وبينة رب المال أثبتت قبضًا لا غير، ولم تثبت إذنًا بالقبض، وأوجبت ضمانًا على المضارب، ففي حق إثبات القبض استوت البينتان، بقي في بينة المضارب إثبات عقد وهو المضاربة، وإثبات إذن بالقبض، وهو إثبات إذن في العمل، وإثبات شركة في الربح، وفي بينة رب المال إثبات شيء واحد، وهو الضمان على المضارب، والضمان وإن كان آكد وألزم إلا أنه شيء واحد، وكان إثبات أربعة أشياء أكثر منه لا محالة، فصارت المضاربة أكثر إثباتًا في مسألة دعوى الغصب في الوجهين جميعًا، فصارت أولى بالقبول، وإليه أشار محمد في الكتاب، فقال: لأن المضارب يدعي الإذن، بخلاف ما لو قال المضارب: أخذته مضاربة، وقال رب المال: لا، بل أخذته غصبًا، وهلاك المال في يده قبل العمل أو بعده، فإنه يضمن في الحالين؛ لأنه أقر بالنقل والتحويل في مال الغير لما أقر بالأخذ، وإنه سبب ضمان، إلا أنه ادعى أنه كان بإذن المالك، ولم يثبت الإذن لما أنكر صاحب المال، فبقي[1] ضامنًا، وكان بمنزلة ما لو قال في الوديعة إذا[2] قال المودَع: أخذتُه وديعة، وقال صاحب المال: لا، بل أخذتَه غصبًا، كان المودَع ضامنًا، فكذا هذا.

١٨٢٨٧- وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله: إذا قال العامل: أخذته منك غصبًا، فالربح لي بالضمان، وقال رب المال: إنما أمرتك لتعمل به، فالقول لرب المال،

---

(١) وفي الأصل: "فكان".

(٢) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "إلا إذا قال المودع. . . إلخ".

والبينة بينته أيضًا.

١٨٢٨٨-ولو أقام رب المال بينة على إقرار العامل أنه أخذه بضاعة، وأقام العامل بينة على إقرار رب المال أنه أخذه غصبًا، فالبينة بينة المال، علل، فقال: لأن الغصب يكون بضاعة بعد أن كان غصبًا، وهذا إذا لم يعلم أى الإقرارين أول، فإن علم فالبينة بينة صاحب الإقرار الثانى.

ولو قال المضارب: أخذته منك مضاربة، فضاع قبل أن أعمل فيه، وقال رب المال أقرضتك، فلا ضمان على المضارب؛ لأنهما تصادقا أن القبض كان بإذن رب المال مضاربة كان قرضًا، والأخذ متى كان بإذن المالك لا يوجب ضمانًا على القابض إلا فى القرض، والقرض لم يثبت لما أنكر المضارب، وإن هلك الملك بعد ما عمل بالمال ضمن؛ لأن العمل حصل بغير إذن رب المال من الوجه الذى ذكرنا، وإنه سبب ضمان إلا أن يكون بإذن رب المال، ولم يثبت الإذن؛ لما أنكر رب المال الإذن.

النوع الرابع فى اختلافهما فى وصول المال إلى رب المال قبل اقتسامهما الربح:

١٨٢٨٩- قال محمد رحمه الله: ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح فيها ألفًا، فقال لرب المال: قد دفعت إليك رأس المال ألف درهم، وبقيت هذه الألف درهم ربحًا، وقال رب المال: لم أقبض منك شيئًا، فالقول قول رب المال مع يمينه؛ لأن المضارب يدعى لنفسه الشركة فى الألف القائمة فى يده، فإنه يقول: الألف الباقية ربح، وإنه بيننا على الشركة، ورب المال أنكر ذلك، فيكون القول قول رب المال مع يمينه، فيحلف بالله ما قبضت رأس المال من المضارب، فإذا حلف، أخذ الألف الباقية، ولا ينتظر إلى استحلاف المضارب؛ لأنه لا يخلو إما أن يحلف المضارب، أو ينكل، فإن حلف، وانتفى عن الضمان ضمان رأس المال، كان لرب المال أن يأخذ الألف الباقية برأس المال؛ لأنه لم يظهر للمضاربة مال آخر سوى الألف الباقية، ولم يثبت قبض رأس المال لما حلف هو، فيأخذ الألف الباقية برأس ماله، وإن نكل عن اليمين، ظهر ألف أخرى للمضاربة، وقد ضمنها المضارب بالجحود، فظهر أن مال

المضاربة ألفًا درهم، ألف عين وألف دين على المضارب، وكان لرب المال أن يأخذ الألف العين برأس ماله، وتكون الألف الدين على المضارب ربحًا، فيرجع عليه بخمسمائة، فإذا كان لرب المال أن يأخذ الألف الباقية في يد المضارب حلف المضارب، أو نكل، لا معنى لتأخير الأخذ إلى أن يحلف المضارب؛ فلهذا قلنا: إن رب المال متى حلف يأخذ الألف الباقية برأس ماله، ثم يستحلف المضارب؛ لأن رب المال يدعى عليه ضمان رأس المال، فإنه يقول رأس المال عند المضارب، وقد ضمنه لما قال: ليس عندى، والمضارب ينكر ذلك، فيكون القول قوله مع يمينه يستحلف بالله ما استهلكته ولا ضيعته، فإن حلف، برئ عن الضمان، ولم يثبت قبض رب المال رأس المال لما ذكرنا، فلم يظهر من مال المضارب إلا الألف القائمة في يد المضارب، فيأخذ رب المال برأس ماله، وإن نكل المضارب عن اليمين، فقد أقر أن رأس المال كان عنده، وقد جحده لما قال: ليس عندى، وكان عنده، فصار ضامنًا لرأس المال، فظهر أن مال المضاربة ألف دين وألف عين، فيأخذ رب المال الألف العين برأس ماله، ويكون الألف الدين على المضارب ربحًا، فيرجع رب المال على المضارب بخمسمائة درهم حصته من الربح.

١٨٢٩٠-ولو أن المضارب حين أراد رب المال استحلافه على الألف أنه دفعها إلى رب المال، قال: لم أدفعها إليك، ولكنها ضاعت منى، وحلف على ذلك، فإن رب المال يأخذ الألف القائمة فى يد المضارب برأس ماله، ثم يرجع بخمسمائة درهم نصف الألف التى ذكر أنه دفعها إلى رب المال، وذلك لأن هذا أمين ناقض فى كلامه، فإنه ادعى أولا أنه دفع إلى رب المال، فكذبه، فدعواه الضياع عنده يكذبه فى دعواه الدفع، فقد ناقض فى كلامه، والمناقض لا قول له، فلم يثبت الضياع ولا الدفع، وإذا لم يثبت واحد منهما بقى رأس المال عنده، وهو مانعه من رب المال للحال، فيصر ضامنًا لذلك بالمنع، وإذا ضمنه ظهر أن مال المضاربة ألف درهم دين وألف عين، فيأخذ رب المال الألف العين برأس مال، ويكون الألف الدين ربحًا بينهما، فيرجع عليه بخمسمائة حصته من الربح، وكان الجواب فيه كالجواب فى المودع إذا قال: دفعت الوديعة إلى صاحب المال، ثم قال: لم أدفع ولكنها ضاعت عندى، وهناك يصير ضامنًا للوديعة، فكذا هذا.

١٨٢٩١-هذا إذا لم يكن لهما بينة، وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا من

ذلك، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها أكثر إثباتًا، وإن أقام كل واحد منهما بينة على إقرار صاحبه بما ادعى عليه، أقام المضارب البينة أن رب المال أقر أنه قبض رأس ماله ألف درهم، وأقام رب المال البينة أن المضارب أقر أن رب المال لم يقبض منه رأس المال، فإن علم أوّل الإقرارين وآخرهما بأن أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق، فالبينة بينة الذى يدعى الإقرار الآخر، سواء كان إقرار المضارب أو إقرار رب المال، علّل فى الكتاب، فقال: لأن الآخر ينقض الأول، فيكون العبرة للآخر، وإنما قلنا: بأن الآخر ينقض الأول، أما إذا كان إقرار المضارب أولا أن رب المال لم يقبض منه رأس ماله، فرب المال لما أقر أنه قبضه منه، فقد زعم أنه ليس له عنده أمانة، فصار مكذبًا للمضارب فى إقراره، وتكذيب المقر له ناقض للإقرار، فكان كرجل يقر، فيقول: لفلان عندى ألف درهم أمانة، والمقر له يقول: ليس لى عندك أمانة، وهناك يبطل إقرار المقر، فكذلك هذا، وإن كان إقرار رب المال أولا أنه قبض منه رأس المال، فلأن رب المال أقر أنه ليس له عند المضارب رأس المال، فلما أقر المضارب بعد ذلك أنه لم يقبض منه رأس المال، فقد أقر أن له عنده رأس المال أمانة عنده، ومن أقر أنه لا أمانة له عند فلان، ثم أقر فلان بعد ذلك بأمانة له عنده، وصدقه المقر له فى إقراره، فإنه يصح، وتكون العبرة للإقرار الآخر لا للأول، فهذا معنى قول محمد رحمه الله: إن الآخر منهما ينقض الأول، فتكون العبرة للآخر، فيقضى به.

هذا إذا علم أول الإقرارين من الآخر، فأما إذا لم يعلم بأن لم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء، فالبينة بينة المضارب لوجهين: أحدهما: أن بينة المضارب أكثر إثباتًا؛ لأنها قامت على الإثبات صورة ومعنى، وبينة رب المال قامت على النفى صورة إن قامت على الإثبات معنى.

والثانى: أن فيه العمل بالبينتين بتقديم بينة رب المال، بيانه أنا متى قدمنا بينة رب المال على إقرار المضارب أنه لم يأخذ منه رأس المال، أمكن العمل بعد ذلك ببينة المضارب؛ لأن رب المال متى لم يقبض رأس المال أمكنه القبض بعد ذلك، فيحصل العمل بالبينتين متى قدمنا بينة المضارب أنه قبض منه رأس المال، لا يمكن العمل ببينة رب المال متى قدمنا بينة المضارب؛ لأن رأس المال متى كان مقبوضًا لا يتصور أن يكون غير مقبوض بعد ذلك، فصح أن فى تقديم بينة رب المال عملا بالبينتين، فتقدم بينته،

ويجعل كأن المضارب أقر أنه لم يقبض منه رب المال رأس ماله، ثم أقر أنه قبضه منه.

النوع الخامس في اختلافهما في وصول رأس المال بعد اقتسامهما الربح:

١٨٢٩٢- وإذا اقتسم المضارب ورب المال، وأقرا بها، وأخذ كل واحد منهما حصته، ثم اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت رأس المال إلى رب المال وهو ينكره، فالقول قول رب المال، ولايكون إقراره بقسمة الربح إقرار بقبض رأس المال، وقوله في الكتاب: القول قول رب المال: يعني فيما يدعي المضارب على رب المال من خلوص الخمسمائة التي قبضها لنفسه؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي خلوص ملك الخمسمائة له، وانقطاع شركة رب المال عنها، ورب المال ينكر، فأما في حق براءة المضارب من ضمان رأس المال فالقول قول المضارب، وهذا لأن رب المال يقول: رأس المال في يد المضارب، وقد جحده، فصار ضامنًا له، والمضارب ينكر، ولهذا قالوا: يحلف كل واحد منهما المضارب ورب المال؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، رب المال يدعي ضمان رأس المال، والمضارب يدعي خلوص الخمسمائة التي قبضها لنفسه، ثم إذا حلفا انتهى الضمان من المضارب بحلفه، وانتفى قبض رب المال رأس المال بحلفه أيضًا، فكان ألفًا من مال المضاربة قد هلكت، فيصرف الهلاك إلى الربح، فكان ما قبضه رب المال من الخمسمائة من رأس المال، والخمسمائة التي قبضها المضارب من رأس المال أيضًا، فيرد على رب المال إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة غرمها لرب المال، حتى يتم له رأس المال.

وقوله في الكتاب: ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا منه بقبض رأس المال قياس، وفي الاستحسان: يكون إقرارًا، وجه القياس: أن رب المال أقر بقسمة الربح مطلقًا، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من قسمة الربح هي القسمة بعد قبض رأس المال، فأما قسمة الربح قبل قبض رأس المال ناقصة لكونها موقوفة.

وجه الاستحسان: أن العُرف الظاهر فيما بين التجار أنهم يحسبون المال مع المضاربين، ويدعون رأس المال في أيديهم، ويقتسمون الربح، فصرفنا مطلق اسم

القسمة إلى قسمة ما قصة بحكم العرف، وصرف مطلق الاسم إلى الناقص بحكم العرف جائز.

فأما إذا اختلفا قبل قسمة الربح، فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال، وهذه الألف[1] التي في يدي ربح، وقال رب المال: لم أقبض منك شيئًا، فإنه يحلف رب المال؛ لأن المضارب يدّعي لنفسه شركة في الألف القائمة لما ادعى أنها ربح، ورب المال ينكر، فيكون القول فيه قول رب المال مع يمينه، فإن حلف رب المال بالله ما قبضت رأس المال من المضارب، أخذ الألف القائمة برأس المال، ثم يستحلف المضارب على دعوى رب المال؛ لأنه يدعي عليه ضمان رأس المال، فإن حلف، برئ عن الضمان، ولكن لم يثبت قبض رب المال رأس المال، فيأخذ رب المال الألف القائمة برأس المال، وإن نكل المضارب عن اليمين، فقد أقر بضمان رأس المال، فيأخذ رب المال الألف القائمة برأس المال، والألف التي على المضارب تكون ربحًا، فرجع رب المال على المضارب بخمسمائة منها حصته من الربح، وإن أقاما البينة على ما ادعيا، قضي ببينة رب المال، وإن أقام كل واحد منهما على إقرار صاحبه بما ادعاه، فإن علم أول الإقرارين وآخرهما، بأن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فالبينة بينة الذي يدعي الإقرار الآخر، وأما إذا لم يعلم بأن لم يؤرّخا، أو أرّخا وتاريخهما على السواء، فالبينة بينة المضارب.

النوع السادس

في اختلافهما في مقدار رأس المال والربح:

١٨٢٩٣- في القدوري: إذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال وفي الربح، فقال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، فالقول قول المضارب في قدر رأس المال، والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول: القول قول رب المال فيهما، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأنهما اتفقا على أن جميع المال مضاربة، فالمضارب يدعي استحقاقًا ورب المال ينكر، فكان القول قوله.

---

(١) وفي ظ: "للألف".

وجه قوله الآخر وهو قولهما: إن الاختلاف وقع في قدر المقبوض أولا، والمضارب ينكر زيادة القبض، فيكون القول قوله، ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله، فأما في مقدار ما شرط له من الربح فالقول قول رب المال؛ لأن الربح يستفاد بشرط، وهو منكر للشرط في الزيادة. ولو كان في يد المضارب قدر ما ذكرنا أنه قبض من رأس المال، أو أقل، فالقول قول المضارب عندهم جميعًا.

ولو جاء المضارب بثلاثة آلاف، فقال: ألف رأس المال، والألف ربح، وألف وديعة أو بضاعة أو دين، فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها؛ لأن كل من كان في يده شيء، فالقول فيه قوله: إذا أقرّ به لغيره[1]، وعليه اليمين، ومن أقام منهما بينة على ما ادعاه من فضل، قبلت بينته؛ لأن رب المال يدعي فضلا في رأس ماله، والمضارب يدعي فضلا في الربح، والبينات شرعت للإثبات -والله أعلم-.

النوع السابع

في المتفرقات من هذا الفصل:

١٨٢٩٤- في "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: إذا قال المضارب: أعطيتني ألف درهم زيوف أو نبهرجة مضاربة صحيحة، وقال رب المال: أعطيتك جيادًا، فإن كان المضارب لم يعمل بها، فهي كالوديعة، فيصدق المضارب على الزيوف وصل أو فصل، وفي الستوقة لايصدق إلا إذا وصل، وإن كان عمل بها لم يصدق على الزيوف والنبهرجة، وهو على الجياد.

١٨٢٩٥- وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله: في مضارب في يديه مال لرجل يعمل به في المضاربة، فأقر المضارب أن الألف التي على فلان باسمي هي لفلان، يعني هي لرب المال، وكانت المضاربة بألف درهم، فقال المضارب بعد ذلك لرب المال: إن في يدي خمسمائة من المضاربة، والألف التي أقررت من المضاربة، وقال رب المال: ألف لي خاصة ليست من المضاربة، فالقول لرب المال، وإن كان المضارب وصل إقراره

(١) هكذا في "ظ"، وكان في غيرها: إلا أن يقر به لغيره.

بذلك، صُدّق.

وكذلك رجل غصب ثوب رجل، فأمره صاحب الثوب ببيعه، ثم أقر الغاصب أن الألف التي باسمه على فلان هي للمغصوب منه، ثم قال: هي ثمن الثوب.

١٨٢٩٦- ومن كان في يديه ألف درهم يتجر بها، فربح خمسمائة، فقال لآخر: هذه الألف ألفك أقرضتنيها، وربحت أنا فيها خمسمائة، وقال رب المال: دفعت إليك الألف مضاربة، وهذه ربحها، فاختصما في ذلك، وقد ضاعت الألف، ضمن الذي كان المال في يديه ألف درهم، وحصة رب المال كان من ربح الألف؛ لأنه لما جحده أن يكون مضاربة بمنزلة الغاصب.

١٨٢٩٧- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، وأشهد عليه في العلانية أنها قرض يتوثق بذلك حتى لا يذهب المضارب بماله، فيقول: إنها هلكت عندي كاذبًا، ويذهب بماله، ويجتهد بالحفظ مخافة أن يأخذ رب المال بالقرض، فتوثق رب المال بالقرض من هذا الوجه، فعمل المضارب بالمال، فربح أو وضع، فإن تصادقا جميعًا أن القرض كان تلجئة في الظاهر، وأن الثابت في الباطل من المضاربة كان كما تصادقا؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما، فإذا تصادقا على أن القرض في العلانية كان تلجئة، والثابت في الباطل كان هو المضاربة كان كما تصادقا عليه، كما قالوا: في المتبايعين إذا تصادقا أن ما أظهرا من البيع في العلانية كان تلجئة، وأنه لا بيع بينهما في الحقيقة، كان كما تصادقا عليه، كذا هنا، وإن تكاذبا في ذلك، فقال رب المال: كان قرضًا حقيقة ولم يكن تلجئة، وقال المضارب: لا، بل كان القرض تلجئة، والثابت حقيقة هو المضاربة، وأقام المضارب البينة على ما قاله، فالجواب فيه كالجواب فيما لو تصادقا أن القرض كان تلجئة، وأن الثابت حقيقة هو المضاربة كانت مضاربة لا قرضًا؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بتصادقهما.

وإن شهد شاهدان بالقرض، وآخران بالمضاربة، ولم يزيدا على ذلك، فإنه يقضي بالقرض، ويكون هذا من باب العمل بالبينتين، والعمل بالبينتين واجب ما أمكن، وقد أمكن العمل هنا بالبينتين؛ لأن القرض يرد على المضاربة، ولا ترد المضاربة على القرض، وإن اشتغلنا بالترجيح فله وجه؛ لأن بينة من يثبت القرض أكثر إثباتًا؛

لأنه يوجب الضمان، وبينة الآخر تنفى.

هذا إذا اقتصر الشاهدان على المضاربة والقرض، فأما إذا شهد شهود المضارب أن القرض كان تلجئة، وكان الثابت حقيقة هى المضاربة كان بينة من يثبت الأمرين أولى؛ لأنه عرف ما عرفه الفريق الآخر، فكانت هذه البينة أولى بالقبول.

١٨٢٩٨- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، فعمل المضارب وربح، فاختلفا، فقال رب المال: شرطت لك سدس الربح، وقال المضارب: شرطت لى نصف الربح، كان القول قول رب المال مع يمينه على ما مر من قبل، وإن جاء المضارب بشاهدين فشهد أحدهما أنه شرط ثلث الربح، والآخر أنه شرط له نصف الربح، إن كان المضارب يدعى الثلث فإنه لا يقضى بهذه الشهادة عندهم جميعًا؛ لأن المضارب أكذب أحد الشاهدين، وهو الذى شهد له بالنصف، فلم يبقَ إلا شاهد واحد على الثلث، وبالشاهد الواحد لا يثبت الحكم، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، والمدعى يدعى الألف، وإن كان المضارب يدعى النصف، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله لا تقبل هذه الشهادة، ويكون للمضارب ما أقر له رب المال من سدس الربح، وعلى قولهما تقبل الشهادة على الثلث، والجواب فيه كالجواب فيما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، والمدعى يدعى الألفين، كانت المسألة على الاختلاف، فكذا هذا.

ولو قال رب المال: إنما دفعت إليك المال بضاعة، حتى كان القول قوله على ما مر، أقام المضارب شاهدين شهد أحدهما أنه شرط للمضارب مائتى درهم من الربح، وشهد الآخر أنه شرط له مائة، إن كان المضارب يدعى المائة لا تقبل هذه الشهادة، ولا يكون له ربح، ولا أجر المثل؛ لأنه أكذب شاهده الذى شهد له بالمائتين، فلم يبقَ له إلا شاهد واحد، وإن ادعى المائتين، فالمسألة على الاختلاف لا تقبل عنده، وعندهما تقبل على المائة، ويقضى له بأجر المثل.

١٨٢٩٩- ومن دفع إلى رجلين ألف درهم مضاربة، فعملا بها، وربحا ربحًا، فادعى أحدهما أن رب المال شرط لهما نصف الربح، وادعى المضارب الآخر أنه شرط لهما ثلث الربح، وادعى رب المال أنه شرط لهما مائة من الربح حتى كان القول قول رب

المال ؛ لأنه ينكر الشركة فى الربح ، فإن أقاما شاهدين شهد أحدهما بنصف الربح ، والآخر بثلث الربح ، فإن قياس قول أبى حنيفة لا تقبل هذه الشهادة ، ويكون لهما أجر مثل عملهما بإقرار رب المال كما لو لم يقيما البينة أصلا ، وأما فى قولهما فالذى ادعى النصف يكون له سدس الربح ، وليس له أجر مثل عمله ، والذى يدعى الثلث له أجر مثل عمله بإقرار رب المال ؛ لأن الذى ادعى نصف الربح ادعى لنفسه ربع الربح ، ولصاحبه ربعه ، وقد شهد له شاهد النصف بربع الربح ، وشاهد الثلث بسدس الربح ، فيقضى به بالسدس عندهما لاتفاقهما على ذلك ، والذى ادعى الثلث ادعى لنفسه سدس الربح ، فصار مكذبًا شاهده الذى شهد له بالربع ، ولم يبقَ على السدس إلا شاهد واحد ، والشاهد الواحد لا يقطع الحكم ، فيكون له أجر مثل عمله بإقرار رب المال ، كما لو لم يقم البينة أصلا -والله أعلم- .

الفصل الثامن والعشرون
فى تعيين النقد فى المضاربة وشراء المضارب بنقد آخر ينوى عن المضاربة

١٨٣٠٠ - قال محمد فى الجامع : رجل دفع مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم، وقال له : اعمل بها، وبألف من مالك على أن الربح بيننا نصفان، فهذا جائز، ولو لا هذا الشرط لكان الربح بينهما أخماسًا على قدر المالين، فإذا شرطا المناصفة، صار كأن صاحب الدنانير شرط له سدس ربحه، فيكون ذلك مضاربة بسدس الربح، وهذا لأن هذا وإن خرج مخرج الشركة يكون المال مشروطًا من الجانبين، إلا أنه لا يمكن تصحيحها شركة لاشتراطهما العمل على المدفوع إليه المال لا غير، وفى الشركة يكون مشروطًا عليهما، فكان هذا شركة صورة مضاربة معنى، وفائدة قول صاحب الدنانير وبألف من مالك انتفاء الضمان عن المضارب إذا خلط مال المضاربة بمال نفسه.

وعن زفر رحمه الله : أنه قال : هذه المضاربة فاسدة؛ لأن المضارب يستحق ما يستحق بطريق الأجرة، ولهذا كان له أجر المثل عند فساد المضاربة، ولا يمكن القول باستحقاق الأجرة هنا عند خلط المال؛ لأنه عمل فيما شريك فيه.

وعلماءنا الثلاثة قالوا : المضاربة فى حكم الشركة، فإن من أحد الجانبين مالا، ومن الجانب الآخر العمل عن بصارة وهداية فى التصرفات، وحذاقة فى وجوه التجارات، ولما كان هكذا، فكون المضارب شريكًا فيما عمل لا يمنع استحقاق الربح، ولما صار هذا مضاربة فى حق الدنانير شرط تسليمها وإحضارها؛ لأن شرط صحة المضاربة إحضار رأس المال وتسليمه إلى المضارب بالتخلية بينه وبينه، ولا يشترط إحضار الدراهم، فإن هلك أحد المالين قبل الشراء، هلك من مال صاحبه غير أنه إن هلكت الدنانير بطلت المضاربة، وإن هلكت الدراهم فالمضاربة على حالها، فإن انتقصت قيمة الدنانير، فصارت ألف درهم، ثم اشترى المضارب بها وبألف من ماله جارية، ثم باعها بربح ألف، كان ربح كل واحد منهما خمسمائة؛ لأن الربح إما أن يكون مقسومًا على الثمن الأول، وذلك كان بينهما نصفين أو بمقابلة الملك فى المشترى

والملك فى المشترى أيضًا سواء على قيمة رأس المال يوم الشراء، غير أن الخمسمائة التى هى ربح الدنانير خمسة أسداسها لصاحب الدنانير، وسدسها لصاحب الدراهم على ما شرطا، والخمسمائة التى هى ربح الدراهم لصاحب الدراهم خاصة؛ لأنه لم يشترط ربح ماله لغيره.

١٨٣٠١-ولو اشترى المضارب بكل مال سلعة على حدة، ثم باع ما اشترى بالدراهم، فلم يربح فيه، وباع ما اشترى بالدنانير، فربح فيه خمسمائة، فله من هذا الربح سدسه بحكم الشرط، ولو كان ربح فيما اشترى بالدراهم خمسمائة، ولم يربح فيما اشترى بالدنانير شيئًا، فالربح كله لصاحب الدراهم، إذ لا شركة فى الدراهم أصلا، وكذلك لو كان المضارب اشترى بالمالين عبدًا، وقيمة الدنانير يوم الشراء ألف درهم، ثم باعه فربح فيه، كان الجواب ما قلنا: إن المضارب يختص بنفس الربح، والنصف الآخر يقسم بينهما أسداسًا.

ولو كانت الدنانير نقصت قيمتها قبل شراء العبد، فصارت تساوى ثمانمائة، فاشترى المضارب بها عبدًا، فخمسة أتساع العبد للمضارب، وأربعة أتساعه على المضاربة؛ لأن قيمة الدنانير لوقوع الملك فى المشترى تعتبر يوم الشراء، والقيمة يوم الشراء ثمانمائة درهم، ومال المضاربة ألف درهم، فتفاوت ما بينهما مائتان، فيجعل كل مائتين سهمًا، فصار الألف خمسة أسهم، والثمانمائة أربعة أسهم، فلهذا كان العبد بينهما أتساعًا.

وإن باع المضارب العبد، وربح فيه، أخذ كل واحد منهما رأس ماله، وأخذ المضارب خمسة أتساع الربح حصة رأس ماله، فيكون له خاصة، وأربعة أتساع الربح حصة المشترى بالدنانير، فيكون مقسومًا بينهما أسداسًا للشرط الذى شرطًا فى العقد.

ولو أن العبد لم يبعه المضارب حتى صارت قيمة الدنانير ألفًا، ثم باعه بثلاثة آلاف درهم، اقتسما الثمن على تسعة أسهم؛ لأن المشترى بينهما على تسعة أسهم؛ لما مر، فبدله يكون كذلك خمسة أتساعه، وهى ألف وستمائة وستون وثلثان حصة المضارب، فيكون له ألف من ذلك رأس ماله، والباقى ربح، فيكون له خاصة، وأربعة أتساع الثمن، وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث حصة المضاربة ألف درهم من ذلك

يؤخذ رأس المال لتحصيل رأس المال يعتبر قيمة الدنانير يوم القسمة، والباقى ربح، فيقسم بينهما أسداسًا.

١٨٣٠٢- وفى "المتقى": وإذا كانت المضاربة دراهم بيضًا، فاشترى بدراهم سود ينويها من المضاربة فهو من المضاربة، وكذلك إذا اشترى بدنانير ينويها من المضاربة، كان المشترى يكون للمضاربة استحسانًا، ولو اشترى بتر ذهب أو فضة موصوف حتى يجوز أن يكون ثمنًا، أو اشترى بفلوس نافقة كان مشتريًا لنفسه.

وإذا كانت المضاربة ألف درهم، فاشترى شيئًا بمائة دينار، وقيمة الدنانير أكثر من الألف، جاز على المضاربة لحصة الألف، ولزم الفضل للمشترى، وكان شريكًا فى المضاربة، ولو كانت قيمة الدنانير ألفًا، فاشترى بالدنانير ينوى عن المضاربة، ثم غلت الدنانير قبل أن ينقد، فصارت قيمتها ألفًا وخمسمائة، فهذه وضيعة دخلت على المال، فيشترى بالألف ذهبًا، وينقده ثم يبيع المتاع، فينقد بقية الذهب. ولو كانت المضاربة ألف درهم سود، فاشترى بألف درهم بيض متاعًا ينوى عن المضاربة، جاز استحسانًا.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه إذا كان رأس المال دراهم، فاشترى بدنانير، ونوى أن تصرف الدراهم دنانير، فينقدها، لم يكن ذلك الشراء على المضاربة، وكذلك كل شىء اشترى على المضاربة، وكذلك كل شىء اشترى بثمن غير الدراهم -والله أعلم-.

الفصل التاسع والعشرون
فى جناية عبد المضاربة

١٨٣٠٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : فى المضارب يشترى بألف المضاربة عبدًا يساوى ألفين، فقتل العبدُ رجلا خطأ، فالدية عليهما أرباعًا، يعنى إذا اختارا الفداء، هكذا ذكر فى الكتاب، واعلم أنه ليس لواحد منهما يعنى رب المال والمضارب أن يدفع بدون حضرة صاحبه إذا كان فى رأس المال فضل؛ لأن العبد مشترك بينهما، والعبد المشترك إذا جنى جناية، فليس لأحد الشريكين أن يتفرد بالدفع، بخلاف ما لو كانت قيمته مثل رأس المال، واختار رب المال الدفع، وأبى المضارب حيث له الدفع؛ لأنه لا شركة للمضارب فى العبد، بل العبد كله لرب المال، وكان له الدفع، فإن كان أحدهما غائبًا، ففداه الحاضر، فهو متطوع فى الفداء؛ لأنه فى حصة الغائب قضى حقًا وجب عليه هو غير مجبر عليه، حتى يكون مضطرًا، فإنه لو أقام البينة على الشركة، لا يطالب بحصة صاحبه، لا بالدفع ولا بالفداء، ولا يحيى ملكه بوجه ما، فكان متبرعًا كالأجنبى، وإن حضرا جميعًا قيل لهما : ادفعا أو افديا؛ لأن العبد مشترك بينهما، فإن اختارا الفداء كان ذلك عليهما على قدر ملكهما؛ لأن الفداء وجب عليهما بسبب الملك، فيجب عليهما بقدره، وملك رب المال فى ثلاثة أرباعه، وملك المضارب فى الربع، فيكون الفداء عليهما أرباعًا، ثلاثة أرباعه على رب المال، وربعه على المضارب، وإن شاء دفعا، وأيهما اختارا بطلت المضاربة، فإنه اختارا الفداء، حصل ممن يملك الدفع، فيجعل كأنه دفعه، ثم اشتراه من المجنى عليه، ولو دفعاه إلى المجنى عليه، ثم اشترياه، بطلت المضاربة، فكذلك هذا، وإن اختارا الدفع، فكذلك؛ لأن بالدفع مات العبد، ولم يخلف بدلا، فكان بمنزلة ما لو هلك العبد، وإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، كان لهما ذلك؛ لأن كل واحد منهما ملك بعضه، فصار كالعبد المشترك، إلا أن فى العبد المشترك إذا حضر أحد المولين خوطب الحاضر بدفع نصيبه أو الفداء، وهناك لا يخاطب واحد منهما حتى يحضرا من قبل أن يتصرف أحدهما يتضمن

قسمة نصيبه، فإن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء، والمقاسمة لا تصح إلا بحضرتهما، وفي أحد الشريكين دفع أحدهما وفداءه لا يوجب حكمًا في حق الآخر، فلا يتوقف على حضرته.

فرق بين هذا وبين العبد المرهون بألف إذا جنى جناية وقيمته ألفًا درهم، فاختار أحدهما الدفع، والآخر الفداء، لا يكون لهما ذلك، ويقال لهما: إما أن تدفعا أو تفديا؛ لأن الملك في العبد لواحد، والحق لواحد، فليس لهما أن يفرقا الحق على المجنى عليه، وهنا للمضارب فيه ملك كما أن لرب المال فيه ملكًا، فإذا اختلف اختيارهما لا يتفرق الحق، كما في العبد المشترك.

وإذا كان لأحدهما أن يدفع، وللآخر أن يفدى، فإن اختار رب المال الفداء والمضارب الدفع، فدى رب المال ثلاثة أرباع العبد بثلاثة أرباع الفداء؛ لأن له ثلاثة أرباع العبد، فكان عليه ثلاثة أرباع الفداء، ودفع المضارب ربع العبد إلى ولي الجناية، وقد خرج نصيب رب المال من المضاربة، حتى لو تصرف فيه المضارب لا يصح تصرفه؛ لأنه تحقق ملك المضارب في الربح؛ لأن المدفوع حصته، وإنما يكون المدفوع حصته من الربح إذا تحقق ملك حصته من الربح، وإنما يتحقق ملكه في حصته من الربح إذا قبض رب المال رأس ماله وحصته من الربح، فصار رب المال قابضًا رأس ماله وحصته من الربح، وصار المضارب قابضًا حصته من الربح، فوقعت القسمة من حيث الحكم، وإذا وقعت القسمة من حيث الحكم انتقضت المضاربة كما لو وقعت القسمة من حيث الحقيقة.

وكذلك الجواب إذا اختار رب المال الدفع، والمضارب الفداء، دفع رب المال ثلاثة أرباع العبد، وفدى المضارب ربع العبد، وانتقضت المضاربة؛ لأن الفداء من المضارب بمنزلة الدفع، ثم الشراء من المجنى عليه فكأنهما دفعا، ولو دفعا انتقضت المضاربة، فكذا هذا.

١٨٣٠٤- قال محمد رحمه الله في الأصل: ومن دفع ألفًا مضاربة، فاشترى المضارب بها عبدًا يساوي ألفًا أو أقل من ذلك أو أكثر، فادعى أولياء قتيل على العبد أنه قتل أباهم عمدًا، وجحد العبد ذلك، فأقام أولياء القتيل عليه بينة بذلك، فإن كان رب المال والمضارب حاضرين، فإن البينة على العبد مسموعة؛ لأن الملك فيه لرب المال،

واليد للمضارب، وهما حاضران، فأما إذا كانا غائبين أو أحدهما، إما المضارب وإما رب المال، قال فى رواية أبى حفص رحمه الله: لا تسمع بينتهم على العبد، ولم يحكِ فيه خلافًا، وقال فى رواية أبى سليمان رحمه الله: عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل البينة على العبد متى كانا غائبين أو أحدهما.

وعند أبى يوسف رحمه الله: تقبل، وعلى قياس ما ذكر فى جعل الآبق إذا أبق العبد، فأقيم البينة عليه بالسرقة، أو بحد آخر من الحدود، أو بالقصاص، فإن على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا تسمع البينة على العبد؛ لأن المولى غائب، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: تقبل، وأجمعوا على أنه إذا أقر بقتل عند القاضى أو بحد أنه يقضى عليه بذلك، سواء كان رب المال حاضرًا أو غائبًا؛ لأن العبد فى حق القصاص والحدود بمنزلة الحر، فإنه يجوز إقراره على نفسه بالقصاص، ولا يجوز إقرار المولى عليه، وقد عرف هذه المسألة فى جعل الآبق.

فإن حضر رب المال والمضارب غائب، فإنه لا يقضى عليه بالقصاص ببينة أولياء القتيل، سواء كان فيه فضل على رأس المال أو لم يكن عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، إن كان فيه فضل فلأن المضارب شريك فى العبد، فلابد من حضرته كما لابد من حضرة رب المال، وإن لم يكن فى العبد شركة، فالعبد فى يده، فلابد من حضرته على قولهما.

هذا كما قالوا فى الشفيع إذا أقام البينة على شفعته بحضرة المشترى وغيبة البائع، والدار فى يد البائع: فإنه لا تسمع بينة المشترى حال غيبة البائع، وإن لم يكن للبائع فيه ملك؛ لأنه إن لم يكن له فيه ملك فله فيه يد، فكذا هذا.

١٨٣٠٥-وإن أقر العبد بالقصاص قضى عليه به، وإن كان رب المال والمضارب غائبين بخلاف ما لو أقيمت عليه البينة؛ لأن البينة تردّ بعلل ومطاعن، وربما لا يهتدى العبد إليها لجهله بالأحكام فى الغالب، ورب المال والمضارب يعرفان ذلك، فشرط حضرتهما؛ لأن لهما حقًا فى العبد، فشرط حضرتهما حتى إن كان لهما طعن أو دفع أحضرا ذلك، فأما الإقرار ما لا يرد بالطعن، ألا ترى أنه لو طعن فيه رب المال، فإنه لا يسمع طعن رب المال فى الإقرار، فلا معنى لاشتراط حضرته، وإذا صح إقراره وقضى

عليه بالقصاص، فلم يقتص منه حتى عفا أحد وليّى القتيل إن كان له وليان، فهذا لا يخلو ثلاثة أوجه، إما إن كذب رب المال والمضارب العبد فى إقراره بالقتل، أو صدّقه المضارب وكذّبه رب المال، أو صدّقه رب المال وكذّبه المضارب، فإن كذبا العبد فى إقراره، فلا شيء لولى القتيل الذى لم يعف؛ لأن إقرار العبد لما عفا أحد الوليين انقلب إقرار بالجناية الخطأ؛ لأن إقرار العبد بالقصاص إنما يصح من حيث إنه غير منهم فى إقراره؛ لأنه لا يجوز[1] بروحه ليلحق الضرر بمولاه، فإذا عفا أحد وليى القتيل، فانقلب مالا، صار العبد منهما فى إقراره؛ لجواز أنهم تصادقوا على ذلك ليستحق بعض العبد على مولاه، وإذا تمكن فى إقراره تهمة بعفو أحدهما، انقلب إقراره من الابتداء إقرارًا بالجناية الخطأ لأجل هذه التهمة؛ ألا ترى أن المستحق بعد عفو أحدهما إن بقى إقراره صحيحا إما الدفع أو الفداء، وإذا انقلب إقرارًا بالجناية الخطأ، لم يصح إقراره؛ لأن إقراره بالجناية الخطأ إقرار على المولى، فإن موجب الخطأ على المولى وإقرار العبد على المولى باطل إذا كذبه المولى فى ذلك، بخلاف ما إذا لم يعف أحد الوليّين؛ لأنه جعل مقرًا على نفسه؛ لأن المستحق بإقراره القصاص والمستحق بالقصاص روح العبد، وإنه له، فجُعِلَ مقرًا على نفسه، وإقرار المكلف على نفسه جائز، وعلى غيره لا يجوز.

فأما إذا صدق المضارب العبد فى إقراره بالقتل، وكذّبه رب المال، فهذا على وجهين: إما أن تكون قيمة العبد مثل رأس المال، أو كانت أكثر منه، بأن كانت قيمة العبد ألفى درهم، ورأس المال ألف درهم، فإن كانت قيمة العبد مثل رأس المال أو أقل منه، لا يلتفت إلى تصديق المضارب؛ لأنه لاشركة له فى العبد، وهو فيه والأجنبى سواء، ولو صدق العبد أجنبى أخر، لا يلتفت إلى تصديقه؛ لأن العبد جعل مقرًا على رب المال، فكذا هذا المضارب، وإن كانت قيمة العبد أكثر من رأس المال، فإنه يصح تصديق المضارب بقدر الربع؛ لأن الربع من هذا العبد ملكه، يعنى فيما إذا كان رأس المال ألفًا وقيمة العبد ألفين، والربح شرط أنصافًا، فلو كان الكل كله ملكه، وقد صدق العبد فى إقراره، صح إقراره فى الكل، فإذا كان البعض ملكًا له صح إقراره فى حصته، ولم يصح فيما كان حصة رب المال؛ لأنه جعل مقرًا على رب المال، وإذا صح إقرار المضارب فى نصيبه يقال للمضارب: ادفع نصف حصتك من الربح، وهو ثمن العبد أو

(١) هكذا فى ظ وم وفى ف: "لايجوز من وجه" وفى الأصل: "بياض".

افده بنصف الدية ؛ لأن من زعم المضارب أن العبد قتل وصار كله مشغولا بالجناية، إلا أنه لما عَفا أحدهما فرغ نصف العبد عن الجناية، وبقى النصف مشغولا بها، وإذا كان كذلك كان نصف حصة المضارب من الربح مشغولا بالجناية ونصفه فارغًا، فيقال له : ادفع نصف حصتك من الربح وهو ثمن العبد أو افده بنصف الدية، وأيهما اختار إما الدفع أو الفداء، بطلت المضاربة حتى إذا تصرف المضارب فى العبد لا يصح تصرفه، أما إذا اختار الدفع فلأنا احتجنا إلى تحقيق ملك المضارب فى حصته من الربح ؛ لأن المدفوع بالجناية يجب أن يكون حصة المضارب لا غير، ولا يتحقق ملك المضارب فى حصته من الربح إلا بعد قبض رب المال رأس ماله، فجعل رب المال قابضًا لرأس المال مقتضى تحقيق ملكه فى الربح، وجعل المضارب قابضًا لحصته أيضًا، فتحققت القسمة، والقسمة تنقض المضاربة بخلاف ما إذا اقتسما الربح، وتركا رأس المال فى يد المضارب، حيث بقيت المضاربة على حالها حتى نفذ تصرف المضارب فيما أعدّ فى يده لرأس المال ؛ لأن ملك المضارب فيما قبض لا يتحقق ربحًا، بل موقوف بين أن يكون رأس المال متى هلك ما أعد لرأس المال وبين أن يكون ربحًا، وهنا احتجنا إلى أن يتحقق ملك المضارب ؛ لأنه ما لم يتحقق ملكه لا يمكنه دفعه، ومن ضرورة تحقق ملكه فى الربح أن يصير رب المال قابضًا رأس ماله، فإذا صار قابضًا رأس ماله، وقبض المضارب حصته من الربح، تحققت القسمة، فانتقضت المضاربة.

وكذلك إذا اختار الفداء ؛ لأنه حصل ممن يملك الدفع، فيجعل كأنه دفعه إلى المجنى عليه ثم اشتراه منه ؛ لأن العبد بالجناية صار مستحقًا للمجنى عليه، ثم صار له بالفداء، وإذا صار فى التقدير كأنه دفعه ثم اشتراه منه كان الفداء والدفع سواء، فلهذا قال : بأن المضاربة تنتقض اختار الدفع أو الفداء. وإذا بطلت المضاربة أخذ رب المال من العبد قدر رأس ماله وحصته من الربح، وأخذ المضارب نصف حصته من الربح وهو الثمن ؛ لأن نصف حصته من الربح وهو الثمن ظاهر عن الجناية، فيسلم للمضارب.

هذا إذا صدّقه المضارب وكذّبه رب المال، فأما إذا كذّبه المضارب وصدّقه رب المال، فهذا على وجهين : إما أن تكون قيمة العبد مثل رأس المال أو أقل بأن كان قيمة العبد ألفًا أو أقل، أو كانت قيمة العبد أكثر من رأس المال بأن كانت قيمته ألفى درهم، ففى الوجه الأول صح تصديق رب المال، ويقال له : ادفع نصف العبد بالجناية أو افده

بنصف الدية؛ لأنه لا شركة للمضارب فى العبد، فيكون كله ملكًا لرب المال، ألا ترى أنه لو أعتقه نفذ عتقه، فإن اختار الدفع بطلت المضاربة فى النصف، وبقى فى النصف؛ لأنه لو دفع الكل بطل فى الكل؛ لأنه استهلك جميع العبد بالدفع، فصار قابضًا لرأس المال، فتبطل المضاربة، ولو لم يدفع شيئًا بقى المضاربة على حالها، فإذا دفع النصف، ولم يدفع النصف، كان لكل نصف حكم نفسه، فبطلت فى النصف، وبقيت فى النصف.

١٨٣٠٦-وهذا بخلاف ما لو اختار المضارب دفع نصف حصته فإن المضاربة تبطل فى الكل؛ لأنا احتجنا ثمة إلى تميز حصة المضارب من حصة رب المال، وتحقيق ملكه فى حصته حتى يكون المدفوع بالجناية حصته لا حصة رب المال، ولا يتحقق ملك المضارب فى حصته من الربح إلا بعد أن يصير رب المال قابضًا لرأس المال، وإذا صار رب المال قابضًا لرأس المال وحصته من الربح، والمضارب قبض حصته من الربح، تحققت القسمة، فأوجبت انتقاض المضاربة.

فأما إذا كانت قيمة العبد مثل رأس المال، فجميع العبد لرب المال، لا شركة للمضارب فيه، وإذا لم يكن للمضارب فيه شركة لم يحتج إلى القسمة، فلم تبطل المضاربة فى النصف الثانى.

وكذلك إذا اختار رب المال الفداء، وفدى نصف العبد بنصف الدية كان الجواب كذلك؛ لأن النصف صار له من جهة المجنى عليه بالمفاداة، فيجعل كأنه دفعه إليه، ثم اشتراه منه، وهناك تبطل المضاربة فى النصف، وتبقى فى النصف، ألاترى أنه فى حق المضارب سوّى بين الدفع والفداء، فكذا فى حق رب المال، وإذا بقى النصف الباقى على المضاربة، إذا تصرف المضارب فيه، وربح، وأراد أن يقتسما كم يأخذ رب المال رأس ماله من الباقى، إن كان قيمة العبد ألف درهم، يأخذ رب المال نصف رأس المال من الباقى؛ لأنه استهلك من مال المضاربة قدر خمسمائة، فصار مستوفيًا خمسمائة، فجعل ذلك واصلا إليه من رأس المال، بقى حقه من رأس المال خمسمائة، وإن كان قيمة العبد أقل من ألف بأن كانت ستمائة، صار بدفع النصف مستوفيًا ثلاثمائة من رأس المال، وبقى حقه فى سبعمائة من رأس المال، فيستوفى من الباقى سبعمائة تمام رأس ماله، ثم

ما بقى يكون ربحًا، فيقتسمانه على ما شرطا.

وفى الوجه الثانى: يصدّق رب المال على حصته؛ لأن للمضارب شركة فى هذا العبد بقدر الربع، فرب المال متى صدّق العبد فى إقراره جعل مقرًا على نفسه وعلى المضارب، فصح إقراره فى حصته، ولم يصح فى حصة المضارب إذا كذبه المضارب فى ذلك، وإذا صح إقراره فى حصته يقال له: ادفع نصف حصتك وهو ثلاثة أثمان العبد أو افده بنصف الدية؛ لأنه يعفو الباقى، ظهر نصف حصته عن الجناية، وبقى نصفه مشغولا بها، وذلك ثلاثة أثمان العبد، فيقال لرب المال: إما أن تدفع ثلاثة أثمانه أو تفديه بنصف الدية، وأى ذلك ما اختار بطلت المضاربة هنا؛ لأنا احتجنا هنا إلى تميز ملك رب المال عن ملك المضارب فيما دفع، وذلك لا يكون إلا بعد قبض رأس المال وحصته من الربح، فصار قابضًا كلاهما، فتحققت القسمة الحكمية، فبطلت المضاربة كما لو وُجدت القسمة الحقيقية، وكذلك إن اختار الفداء كأنه دفعه، ثم اشتراه بعد الدفع من المجنى عليه، فيكون الجواب فى الدفع والفداء سواء.

١٨٣٠٧- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" أيضًا: ومن دفع ألفًا مضاربة بالنصف، فاشترى بها عبدًا يساوى ألفًا، فجنى عنده جناية خطأ، فإنه ليس للمضارب أن يدفع ولا أن يفدى من مال المضاربة، وإن كان مع العبد المضارب مال آخر للمضاربة؛ لأنه ليس للمضارب شركة فى العبد، فإن كله[1] مشغول برأس المال، إنما له مجرد حق البيع، فكان بمنزلة الوكيل يبيع العبد إذا جنى العبد عنده جناية ليس له أن يدفعه، ولا أن يفديه من مال الموكل، فكذا هنا.

فرق بين هذا وبين العبد المأذون له، فإنه إذا اشترى عبدًا فجنى عنده جناية خطأ، كان للمأذون له أن يدفع أو يفدى، وكما أنه لا ملك للمضارب فى العبد الجانى إذا كانت قيمته مثل رأس المال، إنما له مجرد حق التصرف، فكذا لا ملك للمأذون له فى العبد الجانى، إنما له مجرد حق التصرف، ثم جوّز للمأذون الدفع أو الفداء، ولم يجوز للمضارب، وحق المضارب فى التصرف آكد من حق المأذون على ما عرف.

والفرق أن الدفع والفداء تجارة من وجه وليس بتجارة من وجه، أما ليس بتجارة

---

(١) وفى الأصل: "فإن كان مشغولا".

من وجه فلأن الفداء أو الدفع بدل عن الدم، والدم ليس بمال من الجانبين، وهذه مبادلة مال ما ليس بمال، فمن هذا الوجه ليس بتجارة، وأما تجارة من وجه فإنه بالدفع أو الفداء يدفع مالا ويحصل مالا ؛ لأنه إن دفع العبد حصل لنفسه الفداء، فإنه مال، وإن فدى حصل لنفسه الفداء، وإنه مال، وكان بهذا الاعتبار تجارة؛ لأنه يزيل مالا ويحصل مالا، فكان الدفع والفداء تجارة من وجه وليس بتجارة من وجه، والعمل بالشبهين فى حق المأذون والمضارب متعذر لما بينهما من التنافى، فعملوا بشبه التجارة فى حق المأذون، وألحقوه بالبيع والشراء فى حقه، وفى حق المضارب ألحقوه بالكتابة التى ليست بتجارة توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبه التجارة فى حق المأذون دون المضارب ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأنا متى أظهرنا التجارة فى حق المضارب، وإنه مأمور من كل وجه بمنزلة الوكيل حتى كان له الرجوع بالعهدة على رب المال كالوكيل يرجع بالعهدة على الموكل، وإذا خص عليه نوعًا لايتعدّى إلى نوع آخر كالوكيل.

١٨٣٠٨-وإذا اشترى قريب رب المال، لا يصح على المضاربة؛ لأنه مأمور بشراء ما يمكنه بيعه، يلزمنا إظهار شبه التجارة فى المأذون بطريق الأولى؛ لأن المأذون متصرف لنفسه كالحر، وليس بوكيل من جهة المولى حتى لا يرجع بالعهدة عليه. وإذا خص عليه نوعًا صار مأذونًا فى الأنواع كلها؛ لأنه يتصرف لنفسه بحكم فك الحجر كما بعد العتق، وإنه لا يتجزأ.

١٨٣٠٩-ولو اشترى قريب المولى صح، وعتق على المولى، فإذا كان حاله فى التجارة أقوى من حال المضارب[1] متى أظهرنا شبه التجارة فى حق المضارب، يلزمنا إظهار هذا الشبه فى حق المأذون، ولم يعتبروه تجارة فى حق المضارب، وألحقوه بالكتابة فى حقه.

ونظير هذا ما قالوا: فى الصلح عن القصاص يصح من المأذون، فإنه إذا قتل عبد من كسب المأذون رجلا عمدًا حتى وجب القصاص على العبد، فصالح المولى المأذون عن القصاص يصح، ولا يصح هذا من المضارب؛ لأن فى الصلح عن القصاص إحياء للعبد، وكان بمنزلة النفقة من هذا الوجه، لكنه مبادلة من وجه؛ لأنه يبذل مالا لإسقاط

(١) هكذا فى ظ وكان فى غيرها "المأذون".

القصاص، وكان معاوضة من هذا الوجه، والعمل بالشبهين في حق المضارب والمأذون متعذر؛ لما بين الأمرين من التنافي واعتبروه إحياء، وألحقوه بالنفقة في حق المأذون، واعتبروه مبادلة في حق المضارب، فلم يجوزوه منه؛ لأنه مبادلة مال بما ليس بمال توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، وكذا هذا.

١٨٣١٠-فرق بين هذا، وبينما إذا اشترى عبداً قيمته ألف ورأس مال المضاربة ألف، فاستهلك هذا العبد مال إنسان كان للمضارب أن يبيع هذا العبد، ويقضي دين صاحب المال، وإن شاء قضى دينه من مال المضاربة، فإذا جنى هذا العبد جناية لم يكن له أن يدفع، ولا أن يفديه من مال المضاربة.

والفرق بينهما أن ضمان استهلاك ضمان تجارة من كل وجه؛ لأنه يفيد الملك في المضمون، والمضمون مال، فكان مبادلة مال بمال، وما كان تجارة من كل وجه، فإنه يملكه المضارب على رب المال كالبيع والشراء، فأما الدفع فضمان جناية، فكان تجارة من وجه، وليس بتجارة من وجه، ولا يملكه المضارب على ما بينا، فإن فداه المضارب لا من مال المضاربة، بل من مال نفسه، كان جائزاً، وكان متطوعاً فيما فدى لا يرجع به في مال المضاربة، أما كونه جائزاً فلأنه لو فداه أجنبي من ماله جاز؛ لأنه قضى حقاً وجب على غيره من ماله، وإن لم يكن للأجنبي في العبد الجاني حق ما، فلأن يصح الفداء من المضارب من ماله، وله حق في العبد الجاني، وهو حق التصرف إن لم يكن له ملك أولى وأحرى، وأما كونه متطوعاً فيما فدى فلأنه قضى حقاً وجب على رب المال، وهو غير مضطرّ في ذلك، ولا محيي ملكه، فيكون متطوعاً فيما فدى كالأجنبي، وإنما قلنا: إنه غير مضطرّ، وذلك لأن المضارب متى أقام البينة على أنه مضارب، فإنه لا يطالب بالدفع ولا بالفداء، والمضطرّ في الشيء المجبور عليه ولا محيي ملكه، وذلك لأن المضارب في حق رأس المال ليس بمالك لا حقيقة ولا حكماً، أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكماً فلأن ماله من حق التصرف في هذا العبد، وإن كان حقاً لازماً إلا أنه لا يضمن بالاتلاف حتى إن رب المال لو أعتق هذا العبد أو قتله، لا يضمن للمضارب شيئاً حتى يعطى لهذا الحق حكم الملك، وإذا لم يكن مضطراً فيما فدى ولا محيياً ملكه؛ لأنه ليس بمالك حقيقة كان متبرعاً فيما فدى بخلاف المرتهن إذا فدى حصة الأمانة والراهن غائب، فإنه لا يكون متبرعاً عند أبي حنيفة رحمه الله حتى كان له أن يرجع بما فدى على رب المال، وإن لم

يكن مضطرًا فيه، فإنه لو أقام البينة على أنه مرتهن فضل، فإنه لا يطالب بحصة الأمانة؛ لأنه إن لم يكن مضطرًا فيه فإنه محيي ملكه؛ لأن المرتهن فى حصة الأمانة إن لم يكن مالكًا حقيقة، فإنه مالك حكمًا من حيث إنه ماله من حق الجنس فى حصة الأمانة يضمن بالإتلاف حتى لو أعتقه الراهن أو جنى عليه، والدين مؤجل فإنه يضمن جميع قيمته للمرتهن لا قدر المضمون، كما لو كان ملكًا للمرتهن، فكان المرتهن فى حصة الأمانة مالكًا من وجه، فاعتبره أبو حنيفة رحمه الله مالكًا حالة الغيبة، والمالك فيما يصلح ملكه لا يوصف بالتبرع.

وإن لم يكن مجبرًا على ذلك؛ لأنه محيي ملكه، وكان كالمعير للرهن إذا قضى دين المرتهن، لا يكون متبرعًا، وإن لم يكن مجبرًا عليه؛ لأنه محيي ملكه، فكذا هذا، وحالة المضرة[1] تلحقه بالمودع، وجعله متبرعًا، فهذا هو الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين المضارب والمرتهن حالة الغيبة، وإن فداه المضارب من ماله بقى العبد على المضاربة، كما لو فداه أجنبى.

١٨٣١١-وهذا بخلاف ما لو كان للمضارب شركة فى العبد، فاختار الفداء، فإنه تبطل المضاربة؛ لأنه متى كان شريكًا فى العبد، فالفداء إنما حصل ممن يملك الدفع، فإنه كان يملك دفع نصيبه لكونه مالكًا، والفداء متى حصل ممن يملك الدفع يمكن أن يجعل فى التقدير كأنه ملكه من المدفوع إليه ثم اشتراه منه.

١٨٣١٢-ولو دفعه ثم اشتراه منه بطلت المضاربة، فكذا هذا، فأما ههنا فالفداء حصل ممن لا يملك الدفع، فلا يمكننا أن نجعل كأنه دفع، ثم اشترى، إذ هو لا يملك الدفع، وإذا لم يمكن أن يجعل كذلك كان فداءه، وفداء الأجنبى سواء.

وإن باعه بربح أو بوضيعة لم يكن له أن يأخذ ما فدى به العبد من ذلك؛ لأنه صار متطوعًا كالأجنبى، ولو كان رب المال حاضرًا، والمضارب حاضرًا، يقال لرب المال: ادفعه أو افده؛ لأن الملك فى جميع العبد لرب المال، فيكون المخاطب هو بالدفع أو الفداء، فإذا اختار أحدهما انتقضت المضاربة، إن اختار الدفع فلأنه استهلك رأس المال بالدفع، وكان ربحًا بمنزلة ما لو أعتقه، وإن فدى، فلما ثبت أنه يجعل كأنه دفع ثم

(١) هكذا فى الأصل، وفى م: "حالة المضرة"، وفى ظ: "حالة الحضرة".

اشترى، ولو دفعه، ثم اشتراه انتقضت المضاربة، فكذا هذا.

فإن أراد رب المال دفعه، فقال المضارب: أنا أفديه حتى يبقى على المضاربة، فأبيعه حتى أربح فيه، ليس لرب المال الدفع؛ لأنه متعنت في الدفع؛ لأنه متى دفع يزول العبد عن ملكه ويبطل على المضارب حق البيع، ومتى فداه المضارب لا يزول العبد عن ملك رب المال، ولا يرجع المضارب بما فدى عليه، فكان في الفداء في المضارب نفع لرب المال، وفي الدفع ضرر، ومن اختار الضرر على النفع كان متعنتا، فلا يلتفت إلى تعنته، وكان بمنزلة الراهن إذا اختار الدفع والمرتهن قال: أنا أفدى حتى لا يبطل حقي، لا يلتفت إلى قول الراهن؛ لأنه متعنت فإنه يختار المضرة على المنفعة، فكذا هذا.

١٨٣١٣-هذا إذا كان المضارب حاضراً، أما إذا كان غائبًا لم يكن لرب المال أن يدفع، إنما له أن يُفدى، وإنما لم يكن له الدفع حال غيبة المضارب؛ لأن للمضارب حقّا مستحقّا في هذا، وهو حقّ البيع بحيث لا يملك رب المال الإبطال عليه، ولو حضر ربما يختار الفداء من ماله حتى يبقى العبد على المضاربة، فما لم يجتمعا لا يدفع العبد، وكان بمنزلة ما لو أراد الراهن الدفع والمرتهن غائب ليس له ذلك؛ لأن للمرتهن في المرهون حقّا، فكذا هذا.

فإن قيل: أي فائدة في حجر رب المال عن الدفع حال غيبة المضارب متى كان له الفداء؛ وهذا لأنه متى فداه رب المال، ينتقض المضاربة كما لو كان المضارب حاضراً وفداه، فإنه تنتقض المضاربة، وجعل في التقدير كأنه دفعه ثم اشتراه، وإذا كان حقّه ينتقض بالفداء، وقد جعل له الفداء حال غيبته، فلا معنى للحجر عن الدفع.

قلنا: حقّ المضارب لا يبطل بالفداء متى فداه رب المال حال غيبته؛ وذلك لأن الفداء بمنزلة الدفع، ثم الشراء بعد ذلك متى حصل من المالك من حيث إن الدفع كان مستحقّا، والمستحقّ كالزائل عن ملكه، ولهذا لا تجب فيه الزكاة، وبهذا الاعتبار كأنه دفع ثم اشترى، ومن حيث إن الملك في العبد قبل التسليم لم يثبت للمجنى عليه بهذا الاعتبار لا يكون دافعًا، ثم مشتريًا من جهته، بل يكون مطهراً للعبد عن الجناية كما لو فداه أجنبي، وإن كان في الفداء كلا الأمرين اعتبره دافعًا، ثم مشتريًا من جهة المجنى عليه بعد الدفع متى كان المضارب حاضراً، واعتبره مطهراً للعبد عن الجناية كما لو فداه

أجنبي متى كان المضارب غائبًا توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، وهذا كما لو اعتبر الدفع والفداء تجارة في حقّ المأذون، ولم يعتبر تجارة في حقّ المضارب؛ لأن فيه كلا الأمرين توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، فكذا هذا.

وإذا كان حقّ المضارب لا يبطل بالفداء حال غيبته، كان حجر رب المال عن الدفع مراعاة حقّ المضارب مفيدًا، فحجر الدفع دون الفداء.

١٨٣١٤ - قال محمد في "الأصل": ومن دفع إلى غيره ألفًا مضاربة، فاشترى بها وباع وربح، ثم اشترى ببعضها عبدًا يساوي ألفًا، فقتله رجل عمدًا، هل يجب القصاص؟ هذه المسألة لاتخلو من ثلاثة أوجه: إما أن تكون قيمة العبد مثل رأس المال بأن كان رأس المال ألفًا، وقيمة العبد ألف، إلا أن في يد المضارب مالا آخر سوى العبد من مال المضاربة أو كان قيمة العبد أكثر من رأس المال بأن كان قيمته ألفي درهم، وكان رأس مال المضاربة ألف درهم، أو كان قيمته مثل رأس المال ألف درهم، فإن كان قيمة العبد مثل رأس المال، ولم يكن في يد المضارب شيء آخر من مال المضاربة، ففي الوجه الأول لا يجب القصاص لاشتباه من له القصاص، وإنه يمنع وجوب القصاص، وهذا لأن جهالة المقضي له تمنع القضاء بالمال، وإن كان المال مما يثبت بالشبهات، فلأن يمنع القضاء بالقصاص، وإنه يندرئ بالشبهات أولى، وإنما قلنا: إنه اشتبه من له القصاص، وذلك لأن رب المال باستيفاء القصاص لا يصير مستوفيًا رأس ماله؛ لأن القصاص ليس بمال، ولهذا قلنا: إن شاهدي العفو إذا رجعا، لم يضمنا شيئًا، ولهذا قلنا: إن من جرح إنسانًا عمدًا، فأبرأ الجارح عن الجراحة وما يحدث منها، صح الإبراء، واعتبر من جميع المال، ولو كان مالا لاعتبر من الثلث، ولم تصح الوصية فيه للقاتل، وإذا لم يكن القصاص مالا، لم يجز أن يصير رب المال مستوفيًا رأس ماله باستيفاء القصاص، وإذا لم يصر مستوفيًا رأس ماله باستيفاء القصاص، كان له أن يستوفي رأس ماله مما في يد المضارب بعد استيفاءه القصاص، فإن بقي ما في يد المضارب قبل استيفاء رأس المال منه، كان الحقّ كله والقصاص لرب المال، ولا يدري أن الحقّ في القصاص لهما أم لرب المال على الانفراد، فاشتبه من له القصاص في حال لهما وفي حال لرب المال على الانفراد، فلم يجب القصاص.

فإن قيل: إذا اجتمعا يجب أن يستوفيا؛ لأن الحق لا يعدوهما، قلنا: إنما يمكنهما الاستيفاء حالة الاجتماع إذا وجب القصاص، ولم يجب لجهالة من له القصاص وقت وجوبه، فإنه فى حال لهما، وفى أخرى لرب المال لا غير، ولا يدرى من له، فلا يجب، فلايمكنهما الاستيفاء، وحالة الاجتماع وإن كان الحق لا يعدوهما، وهذا كما قالوا فى المكاتب إذا قتل عمدًا عن وفاء، وترك ابنًا لو اجتمع المولى والابن، وأراد أن يقتصّا، لم يكن لهما ذلك، وإن كان الحق لا يعدوهما؛ لأن القصاص لم يجب لجهالة من له القصاص، فكذلك هذا.

وفى الوجه الثانى: لا يجب القصاص أيضًا لتعذر القضاء به، وذلك لأن القضاء بالقصاص لرب المال لا غير متعذر لما فيه من إبطال حق المضارب فى الربح، ألا ترى أن رب المال حال قيام العبد إذا أراد أن يأخذ العبد كله، لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق المضارب، فكذا لا يتهيأ له أخذ بدله كله، والقضاء بالقصاص لهما متعذر أيضًا؛ لما فيه من تحصيل حصة المضارب من الربح قبل وصول رأس المال إلى رب المال؛ لأن رب المال لا يصير مستوفيًا رأس ماله بالقصاص، وتحصيل حصة المضارب من الربح قبل وصول رأس المال إلى رب المال لا يجوز، فإذا تعذر القضاء بالقصاص لم يجب، وإذا لم يجب القصاص يجب قيمة العبد فى مال القاتل فى ثلاث سنين، يأخذها المضارب؛ لأنها بدل العبد، فيكون على المضاربة كثمنه.

١٨٣١٥- فرق بين هذا وبينما لو أعتقا هذا العبد معًا، فإنه يصح إعتاق كل واحد منهما فى حصته، وإن كان فى ذلك تحصيل حصة المضارب من الربح قبل وصول رأس المال إلى رب المال.

قلنا: لا، بل فيه تحصيل حصة المضارب من الربح مع وصول رأس المال إلى رب المال من حيث الحكم؛ لأن العتق استيفاء حكمًا، ألا ترى أن المشترى لو أعتق المشترى قبل القبض، فإنه يصير قابضًا بالعتق[1] قبضا حكمًا، فمتى حكمنا بنفاذ إعتاق كل واحد منهما فى حصته، كان فى ذلك تحصيل حصة المضارب من الربح مع وصول رأس المال إلى رب المال، وهذا جائز فأما بالقصاص لا يصير رب المال مستوفيًا رأس ماله؛ لأنه

---

(١) وفى الأصل: "بالقبض"، وفى ف: "فإنه يصير قابضًا له بالقبض قبضًا".

ليس بمال، فمتى قضينا لهما بالقصاص أدى إلى تحصيل حصة المضارب من الربح قبل وصول رأس المال، وهذا لا يجوز.

وفى الوجه الثالث: يجب القصاص لرب المال؛ لأن الحق له فى القصاص باعتبار الحال والمآل جميعًا، باعتبار الحال؛ لأنه لا شركة للمضارب فى العبد للحال، ألا ترى أنه لو أعتقه المضارب، لم ينفذ إعتاقه، وباعتبار المآل لا يثبت للمضارب فيه شركة؛ لأنه ليس فى يد المضارب مال آخر حتى يستوفى رب المال رأس ماله، فيظهر الربح. فتبين فى المآل أن المضارب كان شريكًا فى القصاص، وكان من له القصاص معلومًا ههنا باعتبار الحال والمآل جميعًا، فوجب القصاص لرب المال، بخلاف الوجه الأول؛ لأن الحق إن كان لرب المال باعتبار الحال، فباعتبار المآل متى استوفى رأس ماله مما فى يد المضارب، إن سلم فالحق لهما على ما سبق بيانه وتقريره، وإذا وجب القصاص لرب المال فى هذا الوجه، خرج العبد عن المضاربة؛ لأنه فات من غير خلف يصلح للمضاربة، وكان بمنزلة ما لو مات العبد خرج عن المضاربة، فكذا هذا.

١٨٣١٦- فإن صالح رب المال القاتل على ألف درهم، جاز الصلح، وكانت لرب المال من رأس ماله، أما الصلح جائز وإن صالحه على أقل من قيمة القصاص وذلك لأن المولى لو باع هذا العبد بألف لو كان حيا، أو بأقل من الألف كان جائزًا؛ لأنه لا شركة فيه للمضارب، فكذا إذا صالح على الألف أو أقل، وأما الأخذ برأس ماله فلأن الألف بدل العبد، فكان بمنزلة ما لو باعه بألف حال حياته، وأخذ الألف، وهناك يأخذه برأس ماله، فكذا هذا.

وإن صالحه على ألفين، استوفى رب المال من ذلك رأس ماله، وما بقى يكون ربحًا بينهما على ما اشترطا؛ لأن الألفين بدل العبد، فكان بمنزلة ما لو باعه بألفى درهم حال حياته، ولو بيع العبد بألفى درهم، يأخذ رب المال ألف درهم رأس ماله، والألف الأخرى تكون ربحًا بينهما على ما اشترطا، فكذا هذا.

فإن قيل: ألستم حكمتم بخروج العبد من المضاربة لما قضيتم بوجوب القصاص لرب المال، وإذا خرج العبد من المضاربة يجب أن تكون ألفًا درهم كلها لرب المال، كما لو فسخا المضاربة، ثم باع رب المال العبد بألف درهم، وهناك يكون جميع الألفين لرب المال، فكذا هذا.

قلنا: المضاربة لم تنفسخ مقصوداً، فإنهما لم يفسخاها، وإنما انفسخت حكماً لفوات المحل، فإنه فات جميع مال المضاربة، ولم يخلف بدلا يصلح للمضاربة، فإذا انقلب مالا بالصلح صار العبد فائتاً بخلف يصلح للمضاربة، فعادت المضاربة.

هذا كما لو قالوا: إن العبد المرهون إذا أبق، أو كان شاة فماتت، سقط الدين لفوات الرهن بلا خلف، فلو عاد العبد من الإباق، أو دبغ الجلد، فإنه يعود الدين؛ لأن السقوط ما كان بالإبراء مقصوداً، إنما كان لفوات الرهن بغير خلف، فإذا جيئ بعد ذلك عاد الدين، فكذا هذا، وكما قالوا في الحر إذا قتل عمداً، فاقتص الورثة من قاتله، لم يكن للغرماء فيه حق. ولو صالحوا القاتل على مال، يثبت حق الغرماء فيه حتى يجب على الورثة أن يقضوا دينهم من بدل الصلح، فكذلك هذا.

الفصل الثلاثون
فى المتفرقات

١٨٣١٧- ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها الثياب ويقطعها ويخيطها بيده على أن ما رزقه الله تعالى من شىء، فهو بينهما نصفان، أو على أن يشترى بها الجلود والأدم ويخرزها خفّا، فهو جائز على ما شرطا؛ لأن فى المضاربة معنى الشركة ومعنى الإجارة، وأى ذلك ما اعتبرنا أمكن تجويزها على هذه الأعمال، وهذا بخلاف ما لو دفع إليه ألف درهم على أن يحتطب أو يحتش على أن ما رزق الله من شىء، فهو بينهما نصفان، فإن المضاربة لا تجوز، وإن كانت الإجارة على الاحتطاب أو الاحتشاش جائزة؛ لبطلان الشركة فيهما.

١٨٣١٨- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل عنده ألف درهم مضاربة، فقال لرب المال: أقرضها ففعل وهى قائمة بعينها، ثم اشترى بها، قال: إذا قبضها المضارب بيده من بيته أو صندوقه أو كيسه أو صرفها فى حوائج نفسه، فهى قرض عليه.

١٨٣١٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا تصرف المضارب فى المضاربة، وربح مثل رأس المال، فقال له رب المال: ادفع إلىّ رأس المال، وما بقى، فهو لك، فهذا لا يجوز إذا كان المال قائم بعينه؛ لأنه هبة مجهولة، وإن كان مستهلكًا، فإنه جائز؛ لأنه إذا كان مستهلكًا كان إبراء مما عليه، وإنه جائز.

١٨٣٢٠- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، وقال: هذه مضاربة عندك شهرًا، فإذا مضى الشهر، فهو قرض، فهو كذلك، فإذا مضى الشهر، وبقى عنده ورق، كانت قرضًا، يعنى إذا قبضها، وإن كان عرضًا لم يكن قرضًا حتى يبيعه، فيصير ورقًا، فيكون قرضًا عنده.

١٨٣٢١- وفى "نوادر ابن رستم" عن محمد رحمه الله: رجل دفع إلى آخر ألف

درهم مضاربة بالنصف، فأقرضها المضارب من رجل، ثم قبضها، وعمل فيها وربح، قال: إن رجعت الدراهم تلك بعينها، رجعت على المضاربة، وإن أخذ مثلها لم يكن على المضاربة.

١٨٣٢٢- قال محمد رحمه في "الأصل": إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وأمره أن يعمل برأيه في ذلك، فاشترى المضارب بالألف المضاربة عبدًا يساوى خمسمائة، وقبض العبد، ونقد الثمن، فإن الشراء يلزم المضارب؛ لأن رب المال وكّله بالشراء، والوكيل بالشراء إذا اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، يصير مخالفًا، ويلزمه الشراء عندهم، بخلاف الوكيل بالبيع المطلق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

فإن قيل: أليس أن رب المال قال له: اعمل فيه برأيك. قلنا: اعمل فيه برأيك ينصرف إلى ما هو تجارة والمحاباة الفاحشة بمنزلة الهبة، وبقوله: اعمل برأيك لا يملك الهبة، وإنما يملك به دفع المال مضاربة وشركة، والخلطة له بماله وأشباه ذلك[1].

روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا كانت المضاربة دنانير، وأودعها المضارب عند صيرفي، فخلطها الصيرفي بماله بغير أمره، ثم اشترى المضارب متاعًا بدنانير، فإنه مخالف.

١٨٣٢٣- وفي "نوادر المعلى" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بطبرستان وهي طبرية، ثم التقيا ببغداد، قال: يكون رأس المال قيمة الطبرية بطبرستان يوم يختصمان، وعن أبي يوسف رحمه الله أيضًا: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بالألف عبدًا، وقبض العبد، ولم ينقد الألف، ثم باع العبد بألفين، وقبض الألفين، ولم يدفع العبد حتى مات العبد، وضاعت الألوف الثلاث، قال: اجعل على رب المال الذي دفعه إلى المضارب، وذلك الألف، ثم ما بقي يكون عليهما، وكذلك ما قل من ذلك أو أكثر، وإن كان اشترى بالألف عبدًا، وقبض العبد، ولم يدفع المال، وباع العبد بعد ذلك بخمسمائة وقبض المال، ومات العبد في يده، فضاع المال كله، فإن على رب العبد ألف درهم، والخمسمائة عليهما نصفان.

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف: "والخلطة له بما أشباه ذلك".

وقال محمد رحمه الله: في المسألة الأولى يرجع المضارب على رب المال بألفين وخمسمائة، فيدفع منها ألفًا إلى الأول، ويغرم من عنده خمسمائة مقدار ربحه، فيضيفها إلى ما بقي، فيدفع ذلك كله إلى الثاني، وقياس قول محمد رحمه الله في المسألة الثانية: إن المضارب رجع على رب المال بجميع المالين، وهما ألف وخمسمائة، فيؤدي إلى الأول ألفًا وإلى الثاني خمسمائة، ولا يغرم المضارب شيئًا من عنده؛ لأنه لا ربح له.

١٨٣٢٤- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف يشتري بها، ويبيع ويشارك، ويعمل برأيه، فاشترى بها وبألف من عنده متاعًا، ولم يخلط المالين، ثم أراد أن يبيع حصته أو حصة المضاربة خاصة، ليس له ذلك من قبل أن الشركة وقعت في البيع. وإذا وقعت في البيع على أن يبيعا ويشتريا، لم يكن لواحد منهما أن يخص نفسه.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها، وباع وربح حتى صار ثلاثة آلاف درهم، ثم اشترى بثلاثة آلاف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم ألف، ولم ينقد الثمن[1] حتى ضاع، كان غرم ذلك على رب المال من قبل إن عتق المضارب لم يكن يجوز في شيء منهم، ويكون رأس المال أربعة آلاف درهم.

ولو أن رب المال اشترى عبدًا بألف، فاشترى منه المضارب بألف في يديه من المضاربة، وليس في يديه غيرها، فضاعت قبل أن ينقدها رب المال، فلا غرم على المضارب، ويأخذ العبد بغير شيء، فيكون المال على المضاربة، ورأس المال فيه ألفان.

١٨٣٢٥- وفي "المنتقى": رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبدًا يساوي ألفي درهم، فنهاه رب المال أن يبيع إلا بالنقد، وقال المضارب: أبيعه بالنسيئة، أو قال: أبيع حصتي، وهو الربع بالنسيئة، فليس له أن يبيع إلا بالنقد؛ لأن رب المال لم يستوفِ رأس ماله، فلا يكون للمضارب أن يختار لنفسه، وربع العبد يعمل فيه ما أحب، فإن باع المضارب ثلاثة أرباعه بالنقد، لم يكن له أن يبيع

(١) وفي ظ وف وم: "المال".

الربع بالنسيئة حتى يقبض ثمن الثلاثة الأرباع، ويوفى من ذلك رب المال رأس ماله وربحه، ثم يبيع بعد ذلك الربح إن أحب بالنسيئة.

هشام سمعت أبا يوسف رحمه الله قال: ليس للمضارب أن يشترى على المضاربة إلا بألفين منها حتى إنه إذا باع متاع المضاربة، ثم اشترى على ذلك الدين على المضاربة، لم يجز على المضاربة، وإن اشترى غلامًا، فوجده حرًّا ضمن، قال: وسمعت محمدًا رحمه الله يقول: إذا أذن المضارب المملوك من المضاربة فى التجارة فى المال الذى من المضاربة بعينه ليشترى به ويبيع، فهو جائز، وليس على هذا المملوك عهدة شيء مما باع، وإنما العهدة على المضارب، وهذا بمنزلة رجل قال لمملوك غيره: اشتر لى بهذه الدراهم كذا، أو قال: بع، ففعل كانت العهدة على الآمر.

١٨٣٢٦- وفى "نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله: المضارب إذا اشترى بألف المضاربة متاعًا وقبضه، ولم ينقد الألف حتى هلكت، فأبرأه البائع منه، لم يكن للمضارب أن يرجع على رب المال بشيء، والمتاع على المضاربة.

١٨٣٢٧- وفى "المنتقى": رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها متاعًا وقبضه، ولم ينقد الألف، ثم باع المتاع بألفين، وقبض الألفين، ولم يدفع المتاع، لم يكن له أن يشترى على المضاربة شيئًا من ذلك، فإن دفع المتاع اشترى بالألفين على المضاربة من قبل أنه برئ عن الدين حين دفع المتاع إلى المشترى، وإن دفع المتاع، ثم اشترى بالألفين، ثم هلكت الثلاثة آلاف جميعًا، رجع المضارب على رب المال بألفين وخمسمائة، وغرم المضارب من عنده خمسمائة، ويكون رأس مال المضاربة ألفين وخمسمائة، وهذا قول محمد رحمه الله.

١٨٣٢٨- وفى "نوادر إبراهيم[1] بن رستم" عن محمد رحمه الله: إذا كان رأس مال المضاربة ألف درهم، فاشترى المضارب بمائة دينار غلامًا، وقيمة الدنانير ألف درهم، فلم يدفع حتى بلغت قيمة الدنانير ألفين، فالمضارب يشترى بألفين خمسين دينارًا، ويرجع على رب المال بخمسين دينارًا، ويكون رأس المال ألف درهم وخمسين دينارًا.

(١) وفى الأصل: "هشام بن رستم".

١٨٣٢٩- بشر بن غياب عن أبي يوسف رحمهم الله : رجلان دفعا إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، ونهياه عن الشركة، فانشق الكيس الذى فيه الدراهم، واختلط بدراهم المضارب من غير فعل، فله أن يشترى بذلك، ولا ضمان عليه، والشركة بينهما ثابتة، وليس له أن يخص نفسه ببيع شيء من ذلك المتاع، ولا يشترى بثمنه شيئًا لنفسه دون صاحبه، ولكن لو كان قبل أن يشترى بالمال شيئًا اشترى معًا للمضاربة متاعًا بألف درهم، واشترى ثم نقدها من المال، ثم اشترى لنفسه متاعًا بألف درهم، ونقدها من المال، فهذا جائز من قبل أن الشركة لم تقع على وجه التجارة حيث اختلط بالمال، فإن اشتراه كله، فهى شركة تجارة، فإن بين الشراء، فلا شركة بينهما، المضاربة على حالها والمال على حاله.

١٨٣٣٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمهم الله : رجل دفع ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها جارية، وباعها من رب المال بألف درهم، ثم إن المضارب اشتراها منه بألفى درهم ومائة، فالجارية على المضاربة، ولا يكون هذا نقضًا للمضاربة، وللمضاربة فيها مائة خاصة، وإنما كانت له مائة خاصة؛ لأنه اشترى بأكثر من المضاربة؛ لأن رب المال دفع إليه ألفى درهم، فاشترى جارية بألفى درهم ومائة، فله منها مائة، والبقية على المضاربة.

١٨٣٣١- ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها جارية قيمتها ألف، وقبضها ولم ينقد الثمن حتى اشترى بالألف التى فى يده جارية أخرى على المضاربة، وقال: أبيع الجارية وأنقد الثمن، فإنه يصير مشتريًا الجارية لنفسه لا للمضاربة؛ لأنه اشترى الجارية للمضاربة بالدراهم بعد ما بقى دراهم المضاربة دينًا، فيصير مشتريًا لنفسه حتى لا يصير مستدينًا على المضاربة بغير إذن رب المال.

وإنما قلنا: بعد ما بقى دراهم المضاربة لأن دراهمها كانت ألفًا، وقد صارت مشغولة بدين الخادم[1]، والمشغول بالدين كالزائل عن المديون حكمًا حيث لا يجب فيه الزكاة، ولاتحرم به الصدقة كأنه ليس فى يده.

فإن قيل: المضارب إنما لا يجوز له أن يستدين على المضاربة؛ لأنه متى استدان

---

(١) وفى م: "الجارية".

عليها يحتاج إلى أن يرجع بما استدان على رب المال، ولم يرض رب المال بذلك، وههنا متى استدان على المضاربة لا يحتاج إلى أن يرجع على رب المال؛ لأنه يبيع الخادم، فيوفى ثمن الجارية من الخادم.

قلنا: قد يكسل الخادم بحيث لا يشترى، فمتى جاز شراءه الجارية على رب المال يحتاج إلى أن يرجع على رب المال بثمن الجارية ورب المال لم يرضَ بذلك، وإن كان حقيقة الرجوع على رب المال بما لم يرض به مانعًا من جواز الشراء على المضاربة، فكذا توهم الرجوع على رب المال بما لم يرضَ به يكون مانعًا من جواز الشراء على المضاربة.

ولو اشترى بالجارية التى قبض جارية أخرى كان ذلك جائزًا، وكانت للمضاربة؛ لأنه اشترى للمضاربة بعين مال المضاربة حقيقة وحكمًا، فصار مشتريًا للمضاربة.

١٨٣٣٢- بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها عبدًا، فقال له رب المال: هذا ابنى وقد اشتريته بمال المضاربة؛ فلا يلزمنى وكذبه المضارب، فالقول قول المضارب، ويعتق العبد، ويثبت نسبه من رب المال بإقراره حتى لايكون لرب المال تضمينه، ولو قال كل واحد منهما: هو ابنى، وليس فى قيمته فضل، فإنه يعتق من مال رب المال، ويثبت نسبه، ولا يقبل قول رب المال على تضمين المضارب، ولو كان فى قيمته فضل على رأس المال، كان المضارب ضامنًا للمال وهو ابنه.

وإذا اشترى المضارب ابنه وهو معروف، ولا فضل فيه، ثم صار فيه فضل على رأس المال عتق، ويضمن المضارب لرب المال رأس ماله وحصته من الربح إن كان غنيًا[1] فى قول أبى يوسف رحمه الله، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب الأصل.

١٨٣٣٣- دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها جارية تساوى ألفًا أو أكثر، ثم إن رب المال وطئها، فلم تعلق فعليه مهر مثلها، ويكون فى المضاربة من قبل ما فيها من الشركة، وإن كان فيها ربح، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا قول قديم لأبى يوسف رحمه الله.

١٨٣٣٤- بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: اشترى المضارب بمال

---

(١)وفى الأصل: "غبنًا".

المضاربة جارية، وفيها فضل على رأس المال، ثم إن المضارب استولدها، ثم استحقت، فأخذ منه عقرها، وقيمة ولدها، لم يرجع المضارب على البائع بقيمة الولد؛ لأنه ما اشتراه لنفسه، ولم يقره البائع.

١٨٣٣٥ - وإذا أقر المضارب لمن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة، كالوالد والولد والزوجة، أو بسبب الملك كعبده المأذون والمديون أو مكاتبه، فإنه لا يصح إقراره في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يصح الإقرار إلا لعبده ومكاتبه، وعلى هذا الخلاف إذا أقر العبد المأذون لمن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة.

وعلى هذا الخلاف أحد المتفاوضين إذا أقر لمن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة والملك، لا يصح إقراره في نصيب الشريك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يصح في نصيب شريكه إلا في عبده المديون ومكاتبه.

وهذه المسألة فرع مسألة البيع والشراء، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: المضارب محجور عن البيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له بالغبن، وإن كان يسيرًا، فيكون محجورًا عن الإقرار أيضًا؛ لأن الإقرار يبتنى على البيع والشراء، وعلى قولهما: المضارب غير محجور عن البيع والشراء مع هؤلاء بالغبن اليسير، فلا يكون محجورًا على الإقرار أيضًا؛ لما ذكرنا أن الإقرار يبتنى عن البيع والشراء.

حكى عن القاضي أبي العاصم العامري رحمه الله: أنه كان يقول: كنت أظن أن إقرار المضارب لهؤلاء لا يكون أكثر من الإقرار لنفسه. ولو أقر لنفسه بدين في المضاربة، صح إقراره فلأن يصح إقراره لهؤلاء أولى بخلاف أحد المتفاوضين، فإنه لو أقر لنفسه بدين في المفاوضة، لا يصح إقراره، فكذا لهؤلاء كالإقرار لنفسه من وجه، قال: فكنت أظن هكذا متى وجدت الرواية في كتاب المضاربة نصًّا أن إقراره لهؤلاء لا يجوز، فيحتاج إلى الفرق بينما إذا أقر لنفسه بدين في المضاربة، وبينما إذا أقر لهؤلاء بدين في المضاربة، والفرق أن مطلق الإقرار بدين في المضاربة إقرار بالتجارة؛ لأن المضارب لا يملك في المضاربة إلا التجارة، وإذا كان الإقرار بدين المضاربة إقرار بالتجارة، وقد لحقه الحجر عن التجارة في حق هؤلاء، فلحقه الحجر عن الإقرار لهؤلاء أيضًا، فأما دين المضارب في مال المضاربة إنما يثبت بأن يشتري شيئًا من أجنبي، وينقد ثمنه من مال

نفسه، ولم يلحقه الحجر فى حق الشراء من الأجنبى بوجه ما، فكذا فى الإقرار الذى يبتنى عليه، بخلاف المفاوض إذا أقر بدين لنفسه فى مال المفاوضة؛ لأنه لا يجب له دين على صاحبه بالنقد من مال نفسه؛ لأن ما نقد كان مشتركًا بينه، وبين صاحبه بخلاف المضارب.

وهذا إذا لم يكن فى مال المضاربة فضل، فأما إذا كان فيه فضل، يصح إقراره لهؤلاء فى حصته، نص عليه فى المضاربة الصغيرة.

١٨٣٣٦- إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز؛ لأنه يصير معينًا للمضارب، وإعانته صحيحة، وليست بنقض للمضاربة، وقد مر من هذا الجنس، فإن باعه بأقل من قيمته بما يتغابن الناس فيه أو لا يتغابن، لا يجوز بيعه إلا أن يجيزه المضارب؛ لأنه ليس يتصرف بحكم الأمر من جهة المضارب، بل بحكم الملك بطريق الإعانة، وقد تعلق به حق المضارب، فكان البيع بالغبن استهلاكًا، والاستهلاك لا يتحمل قل أو كثر.

وعلى هذا إذا كان المضارب اثنين، فباع أحدهما بإذن رب المال، لم يجز إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجيزه المضارب الآخر؛ لأنه لا يملك التفرد بالتصرف بموجب عقد المضاربة، وإنما يملك باعتبار إذن المالك، وتصرف المالك بنفسه لا يصح إذا كان فيه غبن، فكذا تصرف أحدهما.

١٨٣٣٧- ولو باع المضارب دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها، فلا شفعة له، سواء كان فى الدار ربح أو لم يكن، أما لم يكن فى الدار ربح فلأن المضارب وكيل فى البيع، والوكيل بالبيع إذا باع لا يكون للموكل فيه شفعة، وأما إذا كان فى الدار ربح، أما حصة رب المال فلما ذكرنا، وأما حصة المضارب فلأنه يتفرق الصفقة على المشترى؛ ولأن المشترى صار شريكًا فى الدار، والشريك مقدم على الجار.

١٨٣٣٨- ولو باع رب المال دارًا لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة، فإن كان فى يد المضارب من مال المضاربة مائة وفاء بثمن الدار، لم تجب الشفعة؛ لأنه لو أخذها بالشفعة وقع ذلك لرب المال، فلا شفعة للبائع، وإن لم يكن فى يده وفاء بثمن الدار، فإن لم يكن فى دار المضاربة ربح، فلا شفعة، وإن كان فيها ربح، فللمضارب أن

يأخذها لنفسه؛ لأنه له نصيبًا من دار المضاربة، وكان جارًا، فيأخذه بالشفعة.

١٨٣٣٩ - ولو أن أجنبيًا اشترى دارًا بجنب دار المضاربة، فإن كان فى يد المضارب وفاء بثمن الدار، فله أن يأخذها[1] للمضاربة، وإن سلّم الشفعة بطلت؛ لأن حق الأخذ له، فيصح تسليمه، وإن لم يكن فى يده وفاء بثمن الدار، فإن كان فى دار المضاربة ربح، فالشفعة لرب المال والمضارب، وإن لم يكن فيها ربح، فالشفعة لرب المال خاصة.

١٨٣٤٠ - قال أبو يوسف رحمه الله: إذا استأجر أجيرًا كل شهر بعشرة دراهم ليبيع له ويشترى، ثم دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة، فالمضاربة فاسدة، والربح لرب المال، ولا شيء للأجير سوى الأجرة.

وقال محمد رحمه الله: المضاربة جائزة، ولا شيء للأجير فى الوقت الذى يعمل فى المضاربة.

١٨٣٤١ - وقال محمد رحمه الله: فيمن دفع إلى آخر مالا مضاربة، وشرط عليه أنه إن اشترى به الحنطة، فله نصف الربح، وإن اشترى به الدقيق فله ثلث الربح، فهذا جائز؛ لأن التخيير[2] وقع بين عملين مختلفين، فصار كخياط الرومى والفارسى.

ولو دفع إليه على أنه إن عمل فى المصر، فله ثلث الربح، وإن سافر له نصف الربح، فاشترى فى البلد، وباعه فى السفر، فإن المضاربة على الشراء، فإن اشترى فى المصر، فله ما شرط له فى المصر، سواء باعه فى المصر أو فى غيره؛ لأن العمل قد حصل بالشراء والبيع إنهاء له، فيأخذ حكمه، وإن اشترى ببعض المال فى المصر، وبالبعض فى السفر، فربح كل واحد من المالين على شرطه، تم كتاب المضاربة من "المحيط"، ويتلوه كتاب المزارعة -والله أعلم-.

---

(١) وفى الأصل: "فله أن يأخذها لنفسه، فإن سلم. . .".

(٢) هكذا فى ظ، وفى م وف: "التحرى"، وكان فى الأصل: "التجزّئ".

كتاب المزارعة

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا .

الفصل الأول : فى بيان ركنها وشرط جوازها وحكمها .

الفصل الثانى : فى بيان أنواعها .

الفصل الثالث : فى الشروط فى المزارعة .

الفصل الرابع : فى بيان ما يجب على المزارع من الأعمال من غير ذكره .

الفصل الخامس : فى دفع النخيل والأشجار معاملة .

الفصل السادس : فى رب الأرض والنخيل إذا تولى العمل[١] بنفسه .

الفصل السابع : فى دفع المزارع أو المعامل[٢] إلى غيره مزارعة أو معاملة .

الفصل الثامن : فى المزارعة يشترط فيها المعاملة .

الفصل التاسع : فى الخلاف فى المزارعة .

الفصل العاشر : فى الزيادة بين رب الأرض والنخيل والمزارع والمعامل[٣] .

الفصل الحادى عشر : إذا مات رب الأرض أو انتقضت المدة والزرع بقل ، ويتصل به هرب المزارع ، أو مؤنة فى بعض المدة ، ويتصل به إذا انتقضت الشفعة والزرع بقل وأبى المزارع قلع الزرع .

الفصل الثانى عشر : فى زراعة أحد الشريكين الأرض المشتركة .

الفصل الثالث عشر : فى الأرض المدفوعة زراعةً .

---

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم : " شرط " .

(٢) وفى الأصل وف : " العامل " .

(٣) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل وف : " العامل " .

الفصل الأول
فى بيان ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها

١٨٣٤٢- فأما ركنها : فالإيجاب والقبول؛ لأنهما ينعقدان إجارة إن كانتا يهتمان الشركة، والركن فى الإجارة الإيجاب والقبول.

١٨٣٤٣- وأما شرائط جوازها : فمن شرائط جواز المزارعة كون الأرض صالحة للمزارعة[١]، وكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد.

ومنها بيان المدة بأن يقول : إلى سنة أو سنتين وفيما إذا دفع الكرم معاملة فى القياس لايجوز من غير بيان المدة.

وفى الاستحسان : يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج فى تلك السنة، فعلى جواب الاستحسان فرّق محمد بين المزارعة وبين المعاملة على ثمرة واحدة، وما وقع المزارعة على زرع واحد فى سنة واحدة، ووجه الفرق أن المدة فى باب المعاملة معلومة عرفًا؛ لأن ابتداء العمل مما لا يتقدم، ولا يتأخر فى النخيل والكروم فى الأماكن كلها، وإن تقدم أو تأخر كان يسيرًا لا عبرة فيها فيما بين الناس، وإذا لم يتقدم ابتداء العمل ولا يتأخر، ولا يتقدم انتهاءه، ولا يتأخر أيضًا، وكانت المدة معلومة عرفًا، أما فى باب المزارعة المدة غير معلومة عرفًا؛ لأن ابتداء العمل فيها ما يتقدم ويتأخر عرفًا تفاوتًا فاحشًا من الناس من يزرع فى الخريف، ومنهم من يزرع فى الربيع، فإذا كان ابتداء العمل فيها يتقدم ويتأخر عرفًا، كان الانتهاء كذلك أيضًا، فهذا هو الفرق بين المزارعة والمعاملة، عن محمد بن سلمة : أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضًا، وتقع على سنة واحدة، يعنى على زرع واحد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، ذكره فى أول المزارعة من الفتاوى. ومن الشرائط أن يخلى[٢] رب الأرض والنخيل بين الأرض والنخيل وبين المزارع والعامل حتى إذا

---

(١) وفى الأصل : "للزراعة".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ وم : "نحلى"، وفى ف "على".

شرط في العقد ما ينعدم به التخلية[1] مثل عمل رب الأرض والنخيل مع المزارع أو مع العامل، لا يجوز على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

ومن الشرائط بيان من عليه البذر ؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، فلابد من بيان من عليه البذر حتى يعرف الموجر من المستأجر، حكى عن بعض أئمة بلخ : أن بيان من عليه البذر إنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون، أو كان العرف مشتركًا، أما في كل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما بعينه، لا يشترط بيان من عليه، إذ المعروف كالمشروط، كما في نقد البلد .

وفي "نوادر ابن رستم" عن محمد : إذا قال لغيره : أجرتك أرضي هذه سنة بالثلث، أو قال : بالنصف، قال : هو جائز، والبذر على المزارع، ولو قال : دفعت إليك أرضي، أو قال : أعطيتك أرضي مزارعة بالثلث، فهذا فاسد، إذ ليس فيه بيان من عليه البذر، وإنه شرط[2]، ومن الشرائط بيان ما يزرع في الأرض، وهذا قياس. وفي الاستحسان : بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوّض الرأي إلى المزارع، أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في أول شرح المزارعة، ومن الشرائط بيان النصيب على وجه لا يقطع الشركة بينهما في الخارج بأن يقول : بالنصف أو بالثلث أو بالربع، أو ما أشبه ذلك ؛ لأنها تتم شركة في الانتهاء، وبيان النصيب في الشركات على وجه لا يقطع الشركة، فإن بيّنا نصيب من لا بذر من جهته، جازت المزارعة قياسًا واستحسانًا، وإن بيّنا نصيب من كان البذر من جهته، جازت المزارعة استحسانًا لا قياسًا .

ومن شرائط المعاملة أن يكون العقد واقعًا على ما هو من حدّ النمو بحيث يزيد في نفسه بسبب عمل العامل حتى إذا عقد عقد المعاملة على ما بينا هي عظيمة، وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل، فالمعاملة لا تصح، وسيأتي بيان ذلك في خلال المسائل -إن شاء الله تعالى- .

١٨٣٤٤- وأما بيان حكمها فنقول : لها حكمان : أحدهما : يثبت في الحال،

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ : "النخيلة".

(٢) وفي ظ : "وأنه شرط ولا كذلك الصورة الأولى ؛ لأن الأجرة تكون على المستأجر لا محالة".

وهو الملك فى منفعة الأرض إن كان البذر من جهة المزارع ؛ لأن المزارع يصير مستأجراً للأرض إذا كان البذر من جهته، أو ثبوت الملك فى منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض ؛ لأن رب الأرض يصير مستأجراً للمزارع إذا كان البذر من جهته، وفى المعاملة الحكم الذى يثبت فى الحال ثبوت الملك فى منفعة العامل ؛ لأن رب النخيل مستأجر للعامل كرب الأرض إذا كان البذر من جهته، وحكم آخر يثبت فى الثانى، وهو الشركة فى الخارج.

١٨٣٤٥ - وأما بيان صفتها فنقول : المعاملة لازمة من الجانبين للحال حتى إن كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ إلا بعذر، والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر، غير لازم من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر فى الأرض حتى يملك الفسخ من غير عذر، وبعد ما ألقى البذر فى الأرض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر، وهذا لأن من كان البذر من قبله، فهو مستأجر إما للعامل، أو منفعة الأرض؛ لأنه باذل عين مال[1]، فيكون مستأجراً، والمستأجر يجبر على قبض المستأجَر حتى يتأكد عليه البدل، فأما لا يجبر على الاستيفاء لأن الاستيفاء خالص حقه لم يتعلق به حق أحد، فيكون بالخيار إن شاء استوفى، وإن شاء لم يستوفِ.

ولهذا قلنا : إن من استأجر داراً بدراهم ليسكنها، كان مجبراً على قبض الدار حتى يتأكد حق الآخر فى البدل، فأما لا يجبر على استيفاء السكنى، بل هو بالخيار، إن شاء سكن وإن شاء لم يسكن.

وكذلك إذا استأجر أرضًا ليزرعها بدراهم، يكون مجبراً على قبض الأرض حتى يتأكد حق الآخر فى الأجر، فأما لا يجبر على المزارعة، بل يخيّر، فقال : فإن شئت فازرع، وإن شئت تزرع، فدل أن المستأجر مما لا يجبر على استيفاء ما ملكه بالإجارة، بل يخير فى ذلك إذا وقعت الإجارة بالدراهم والدنانير، فكذا إذا وقعت الإجارة ببعض ما يخرج منها، لا يجبر المستأجر على الزراعة، بل يخيّر.

وإذا كان مخيراً فى الزراعة انتفى اللزوم، لو بقى، بقى بحق الآخر، وبقاء اللزوم

(١) وفى الأصل : "ماله".

فى حق الآخر لا يفسد؛ لأنه متى بقى لازمًا، ولم يكن لصاحب البذر نقض المزارعة، ولم يجبر على المزارعة، لم يجب الأجر بالتمكن من الزراعة؛ لأن الأجر بعض ما يخرج فيها، فمتى لم يزرع لا يوجد الآخر حتى يجب بالتمكن، فيثبت اللزوم لحق الآخر، وكانت غير لازمة فى حق من كان البذر من قبله لهذا المعنى، بخلاف ما لو استأجر أرضًا للزراعة بدراهم أو دنانير أو بعرض بعينه، ثم قال المستأجر: لا أزرع هذه الأرض، وإنما أزرع أرضًا أخرى، أو قال لاأزرع أرضى سنتى هذه، فإنه لا يجبر على الزراعة، ويكون بالخيار إن شاء زرع، وإن شاء لم يزرع إلا أن اللزوم لا يبقى لحق الآخر؛ لأن اللزوم لو بقى فى حقه، وترك فى يده إذا انتقضت المدة، وجب له الأجر على المستأجر بالتمكن والزراعة، وكان فى اللزوم فائدة.

قياس مسألة الاستئجار بدراهم بعينه أو بعرض بعينه ما لو دفع النخيل معاملة بالنصف، ثم أراد صاحب النخيل أن ينقض المعاملة، لم يكن له ذلك، وإن كان هو مستأجرًا بمنزلة من كان البذر من قبله؛ لأنه إنما لم يجبر على استيفاء ما ملك بالإجارة، وهو استعمال العامل؛ لأن اللزوم لو بقى لحق الآخر مفيدًا[1] إذًا انقضت المدة؛ لأن الأشجار مما تثمر لامحالة، فكان بقاء اللزوم لحق الآخر مفيدًا، بخلاف المزارعة.

فأما فى حق من لا بذر من قبله فهى لازمة؛ لأن من لا بذر من قبله إن كان مزارعًا، فهو آجر، والآجر بمنزلة المملوك؛ لأنه ملك عليه بالإجارة منافعه، والمملوك يجبر على العمل، إلا أن يعجز عن العمل حقيقة فى المرض، فكذا الأجير، وإن كان من لا بذر من قبله صاحب الأرض قد ملك عليه منفعة أرضه، فيجبر عليه إيفاءه؛ لأن الإنسان يجبر على إيفاء ما عليه إلا أن يعجز عن الإيفاء حقيقة، والمستأجر فى استيفاء المنفعة يستوفى ماله، وليس بموفٍ ما عليه، والإنسان فى الحق الذى يستوفيه لنفسه مخير إن شاء استوفى وإن شاء لم يستوف.

وفى "المنتقى" عن أبى يوسف: إذا كان البذر من قبل رب الأرض، ودفعه إلى المزارع، فليس لواحد منهما أن يبطل المزارعة، وإن لم يدفع البذر إلى المزارع، فلرب الأرض أن يبطلها، وليس للمزارع أن يبطلها.

---

(١) وفى الأصل: "مفسد".

الفصل الثانى
فى بيان أنواع المزارعة

١٨٣٤٦- مسائل هذا الفصل تدور على أصل أن استئجار الأرض للزراعة ببعض ما يخرج منها جائز ؛ لأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنه، ولتعامل الناس، فإن الناس تعاملوا اشتراط البذر على المزارع، ومتى كان البذر على المزارع، صار المزارع مستأجراً للأرض ببعض الخارج، وكذلك استئجار العامل، والأرض ببعض الخارج جائز لأثر رسول الله ﷺ مع أهل خيبر، ولتعامل الناس، فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على رب الأرض، وإذا شرط البذر على رب الأرض، يصير رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج، وأما استئجار غيرهما ببعض الخارج لا يجوز ؛ لأن القياس أن لا يجوز استئجار العامل والأرض ببعض الخارج ؛ لأن الأجر معدوم ليس بمشار إليه، ولا واجب فى الذمة، ولكن جوّزناها نصّاً بخلاف القياس، والنص ورد فى استئجار العامل والأرض، لا فى استئجار غيرهما، فبقى استئجار غيرهما على أصل القياس.

وبعد الوقوف على هذه نشتغل ببيان المسائل، فنقول : المزارعة تتنوع على نوعين : أحدهما : أن تكون الأرض من أحدهما، والثانى : أن تكون الأرض منهما.

١٨٣٤٧- فإن كان الأرض من أحدهما فهو على وجهين أيضًا : أحدهما : أن يكون البذر من أحدهما، والثانى : أن يكون البذر منهما، فإن كان البذر من أحدهما، فهو على وجوه :

أحدها : أن يكون البذر والأرض والبقر وآلات العمل من قبل أحدهما، ومن الآخر مجرد العمل، وفى هذا الوجه العقد جائز ؛ لأن رب الأرض يصير مستأجراً للعامل ببعض الخارج.

فإن قيل : شرطا آلات العمل على رب الأرض والمزارعة لا تقتضى ذلك، ألا ترى أن من غير الشرط تجب آلات العمل على المزارع، وفيه منفعة المزارع، فينبغى أن

يوجب فساد العقد.

قلنا: هذا شرط يقتضيه العقد من وجه من حيث إن فيه تأكيد الاستيفاء والإيفاء؛ لأن المزارع إنما يقدر على إيفاء العمل بآلات العمل، وكذلك رب الأرض إنما يقدر على استيفاء العمل بآلات الاستيفاء، ومثله لا يوجب فساد العقد.

الوجه الثانى: أن يكون من قبل رب الأرض الأرض وحدها، والبذر والبقر والعمل وآلات العمل على المزارع، وفى هذا الوجه العقد جائز أيضًا؛ لأن العامل صار مستأجرًا للأرض ببعض الخارج، وإنه جائز، أكثر ما فيه أنه شرط على العامل آلات العمل، إلا أنه شرط يقتضيه العقد، فهو نظير ما لو استأجر خياطا على أن تكون الإبرة عليه.

الوجه الثالث: أن يكون البذر والأرض من واحد، والعمل والبقر من آخر، وفى هذا الوجه العقد جائز أيضًا؛ لأن صاحب الأرض يصير مستأجرًا للعامل ببعض الخارج.

فإن قيل: كما صار مستأجرًا للعامل ببعض الخارج صار مستأجرًا لبقره أيضًا ببعض الخارج، فلئن جاز هذا العقد من حيث إنه استئجار العامل لا يجوز من حيث إنه استئجار البقر.

قلنا: الأجر لا يقابل البقرة؛ لأنه آلة العمل، والآلة لا يقابلها شىء من الأجر؛ لأنها يكون على العامل كالإبرة وأشباهها، فلا يصير رب الأرض مستأجر البقرة، إنما يصير مستأجر العامل، ويكون البقر تبعًا له من حيث إنه آلة العمل، واستئجار العامل ببعض الخارج جائز.

الوجه الرابع: أن تكون الأرض والبقر من واحد، والبذر والعمل من آخر، وفى هذا الوجه المزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية، وروى أصحاب الأمالى عن أبى يوسف رحمه الله: أنها تجوز؛ لأن هذا شرط آلة العمل على رب الأرض، وشرط آلة العمل على رب الأرض جائز، ألا ترى أنه لو شرط البذر مع البقر على رب الأرض يجوز، فههنا كذلك.

وجه ظاهر الرواية أن صاحب الأرض آجر البقر ببعض الخارج؛ لأن منفعة البقر

ليست من جنس منفعة الأرض ليجعل تابعا الأرض، فصارت منقطعة عنها، واستئجار البقر ببعض الخارج لم يرد به الأثر، بخلاف ما إذا شرط البقر على العامل، حيث يجوز، ولا يجعل رب الأرض مستأجر البقر والعامل؛ لأن البقر آلة العمل، وكان منفعته من جنس منفعة العامل، فيجعل تبعًا للعامل، فلا يصير رب الأرض مستأجرًا له، وبخلاف ما إذا شرط البقر مع البقر على صاحب الأرض؛ لأن هناك العامل لا يصير مستأجر البقر ببعض الخارج، وإنما يصير مستأجرًا له ببعض منفعة نفسه، وذلك جائز.

وإذا فسدت المزارعة فى حق البقر، فسدت فى حق الأرض أيضًا؛ لأنه لو لم يفسد فى حق الأرض لابد أن يقسم ما شرط لرب الأرض من نصف الخارج على أجر مثل البقر، وعلى أجر مثل الأرض، فيصير المزارع حينئذٍ مستأجرًا للأرض بما يخصه من نصف الخارج المشروط لرب الأرض لو قسم ذلك على أجر مثل العمل و البقر والأرض، والحصة إنما تعرف بالحرز، والظن لا يكون حصة الأرض معلومة من حيث الإحاطة واليقين، وجواز استئجار الأرض عرف بخلاف القياس فى موضع كان المشروط لرب الأرض معلومًا بيقين بأن شرط له النصف أو الثلث أو الربع، أو ما أشبه ذلك، فبقى ما عداه على أصل القياس.

الوجه الخامس: إذا دفع بذرًا إلى رجل ليزرعه فى أرض بنصف الخارج أو الثلث أو الربع، فالمزارعة فاسدة فى هذا الوجه فى ظاهر الرواية، وكذلك إذا دفع بقرًا مفردًا إلى رجل ليزرع فى أرض بنصف الخارج والمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف أنه جوّز ذلك؛ لأن صاحب البذر فى الصورة الأولى وصاحب البقر فى الثانية صار مستأجرًا للأرض وللعامل، وكل واحد منهما جائز حالة الانفراد، فيجوز حالة الاجتماع، وجه ظاهر الرواية حديث مجاهد.

وذكر شيخ الإسلام فى الباب الثانى من شرح كتاب المزارعة: أن على قول أبى يوسف رحمه الله: إنه يجوز ذلك، إنما يجوز هذا العقد إذا كان العامل فى الأرض غير رب الأرض، أما إذا كان العامل رب الأرض فلا يجوز.

وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا كان رب الأرض هو العامل ببذر

رجل وبقره، جازت المزارعة، ثم رجع، وقال: لا يجوز أن يأخذ رب الأرض مزارعة ليعمله.

وفي "النوازل": رجل له أرض إذا كان يأخذ بذرًا من رجل حتى يزرعها، ويكون الزرع بينهما، فالحيلة له في ذلك أن يشترى نصف البذر منه، ويبرئه البائع عن الثمن، ثم يقول له: ازرعها بالبذر كله على أن الخارج بيننا نصفان؛ لأن البذر إذا صار مشتركًا بينهما، فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما، فيكون بينهما بدون شرط، فمع الشرط أولى.

الوجه السادس: أن يكون البذر والبقر من واحد، والأرض والعمل من آخر، فإنه فاسد أيضًا كما لو دفع البذر وحده، ثم في كل موضع جازت المزراعة كان الخارج بين المزارع ورب الأرض على السهام، والأجزاء التي شرطا في المزرعة؛ لأن المزارعة متى صحت، فإنها تنعقد إجارة ابتداء، ويتم شركة عند حصول الخارج، والأصل في الشركات أن المستفاد من الأصل المشترك يكون مشتركًا بين الشريكين على السهام، والأجزاء التي شرطا في عقد الشركة، فكذا هذا.

وإن هلك الخارج قبل الإدراك بأن اصطلم الزرع آفة، أو لم ينبت أصلا، فإنه لا شيء لواحد منهما على صاحبه، أما إذا اصطلم الزرع آفة فلا إشكال فيه؛ لأن بعد حصول الخارج تصير المزارعة شركة، والمال المشترك متى هلك، فإنه لا يستحق أحد الشريكين على صاحبه أجزاء كما في سائر الشركات، فأما إذا لم ينبت أصلا ففيه نوع إشكال، وكان يجب أن يكون للعامل أجر المثل على رب الأرض، ؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة، وإنما تصير شركة إذا حصل الخارج كالهبة بشرط العوض إنما تصير معاوضة عند اتصال القبض بالبدلين، ولم يوجد الخارج ههنا، فبقيت إجارة، وإذا بقيت إجارة يقول رب الأرض: استأجر العامل ببعض ما يخرج من عمله من هذه الأرض، وإنه بمنزلة العين حتى لو أراد أن يعطيه الخارج من أرض آخر لا يقدر، والأجرة في الأجرة متى كان عينًا إذا هلك قبل التسليم إلى الآخر بعد استيفاء منفعة الأجير، إنه يجب للأجير أجر المثل الآن، الجواب عنه: أن هذا هكذا إذا هلك الأجر العين قبل التسليم، وههنا هلك بعد التسليم؛ لأن المزارع قبل البذر الذي يتفرغ منه الخارج، وقبض الأصل الأصل

الزرع، فيصير كالقابض للأجر من هذا الوجه، والأجر العين متى هلك بعد قبض الأجير، فإنه لا يجب للعامل أجر آخر.

وفى كل موضع فسدت المزارعة، فالخارج كله لصاحب البذر، ففى حديث مجاهد: أن رسول الله ﷺ أبطل المزارعة، وألحق الزرع كله لصاحب البذر؛ ولأن الحادث نماء ملكه، والأجر مستحق البعض بالتسمية، ولما فسدت التسمية كان النماء كله لصاحب الأرض، فبعد ذلك ينظر أن كان البذر من قبل العامل، فعليه لرب الأرض أجر مثل الأرض؛ لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فعليه للعامل أجر مثل عمله؛ لأنه استوفى منفعة العامل إجارة فاسدة، بعد ذلك ينظر إن كان البذر من قبل صاحب الأرض، وغرم للعامل أجر مثله عمله يطيب له جميع الخارج، ولا يتصدق بشيء منها؛ لأن الخارج متولد من أرضه وبذره، ولا خبث فى حق الأرض، ولا فى حق البذر، إنما الخبث فى عمل العامل، فإنه استأجر العامل إجارة فاسدة إلا أن الخبث والفساد المتمكن فى عمل العامل لا يوجب التصدق بالخارج.

وإن كان البذر من جهة المزارع، فالمزارع يتصدق بما زاد على بذره، وما أنفق وما غرم من أجر مثل الأرض لصاحب الأرض؛ لأن الخبث والفساد تمكن من منفعة الأرض إلا أنه يرفع من ذلك قدر بذره، وما غرم لصاحب الأرض من أجر مثل الأرض؛ لأن ذلك رأس ماله، وما زاد على ذلك، فإنه يتصدق بالزيادة متى تمكن الخبث والفساد من منفعة الأرض، ولم يوجب التصدق متى تمكن الخبث والفساد فى عمل العامل، وكما لا بد لحصول الزرع من البذر والأرض لا بد لحصولها من عمل العامل، وهو العادة فى الأرض، وإنما فعل هكذا -والله أعلم- وذلك لأن عمل العامل اتصل بالخارج من وجه، ولم يتصل به من وجه؛ لأنه لم يتصل به من خبث الحقيقة؛ لأن عمل العامل التبذير والسقى بعد ذلك، والتبذير كما وُجد انقضى، ومضى ولم يتصل بالزرع إلا أنه اتصل به حكمًا؛ لأنه لا بد لحصول الزرع من عمل العامل، كما لا بد من منفعة الأرض، إلا أن الأصل عندهم أن اتصال الخبث فى العقد الفاسد فى الربح متى كان من وجه دون وجه، فإنه لا يوجب الصدقة، وإذا كان من كل وجه أوجب الصدقة هذا إذا كان الخبث بسبب فساد العقد، كما قال فى "الجامع الصغير": إذا اشترى عينًا شراء فاسدًا، وتصرف فيه وربح، فإنه يتصدق بالربح؛ لأن الخبث المتمكن فى العين بسبب الفساد يتصل ببدل

العين من كل وجه؛ لأن الإشارة إلى العين معتبرة جوازًا واستحقاقًا.

ولما اتصل الخبث بالربح من كل وجه أوجب الصدقة، ولو كان التصرف فى الدراهم التى ملكها بحكم عقد فاسد وربح، فإنه لا يتصدق بالربح؛ لأن الخبث المتمكن فى الدراهم بسبب الفساد اتصل بالبدل من وجه ولم يتصل به من وجه من حيث إن للإشارة إلى الدراهم عبرة فى حق الجواز، كان الاتصال ثابتًا، ومن حيث إن العقد لا يتعلق بالمشار إليه استحقاقًا، فالاتصال غير ثابت، فلما كان الاتصال من وجه دون وجه لم يوجب الصدقة، وإذا ثبت هذا الأصل يقال: الخبث المتمكن فى عمل العامل بسبب الفساد اتصل بالخارج من حيث الحكم، وأما من حيث الحقيقة فلا اتصال له؛ لأن عمله قد مضى، وانقضى قبل حصول الزرع، فكان كالشراء بالدراهم المملوكة بعقد فاسد شراء فاسدًا، والخبث المتمكن فى منفعة الأرض بسبب الفساد اتصل بالخارج حقيقة وحكمًا؛ لأن منفعة الأرض متصل بالخارج من أول ما ثبت إلى وقت الإدراك، وإذا ثبت الاتصال من كل وجه أوجب الصدقة، كما لو تصرف فى العين المشترى شراءً فاسدًا وربح.

فإن قيل: هذا يشكل بما لو اشترى شيئًا بدراهم مغصوبة، فإنه لا يطيب، والاتصال ثابت من وجه دون وجه؛ لأن الإشارة إلى الدراهم لا عبرة لها فى الاستحقاق، وإن كان لها عبرة فى حق الجواز.

قلنا: إنما ادّعينا هذا الأصل فى حق المملوك بحكم عقد فاسد، لا فى الغصب، بل الغصب الاتصال من كل وجه، أو من وجه يمكن الخبث؛ لأن الخبث فى الغصب أكثر من الخبث فى المملوك بعقد فاسد؛ لأن المغصوب حرام لحق الشرع، والمالك جميعًا، والمملوك شراءً فاسدًا حرام لحق الشرع لا لحق المالك، فإذا كان الخبث فى الغصب أكثر، وفى الشراء الفاسد أقل، فصّلوا فى الجواب فى المملوك بعقد فاسد تفصيلا، وفى الغصب أطلقوا الجواب إطلاقًا لتظهر مزية الغصب فى الخبث فى الشراء الفاسد.

١٨٣٤٨ - وإذا أراد رب الأرض والمزارع أن يطيب لهما الزرع، عندهما فى موضع فسدت المزارعة عندهما، وعند أبى حنيفة رحمه الله: فى موضع صحت المزارعة

عندهما ، فالوجه فى ذلك ما حكى عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد : أنه قال : يميز النصيبان : نصيب رب الأرض ، ونصيب المزارع ، ويقول رب الأرض للمزارع : وجب لى عليك أجر مثل الأرض أو نقصانها ، ووجب لك على أجر مثل عملك وثيرانك وقدر بذرك ، فهل تصالحنى على هذه الحنطة ، وعلى ما وجب لك على عما وجب لى عليك ، فيقول المزارع لرب الأرض : قد وجب لى عليك أجر مثل عملى وبذرى ، ووجب لك على أجر مثل أرضك أو نقصانها ، فهل صالحتنى عما وجب لك على بما وجب لى عليك وعلى هذه الحنطة ، فيقول رب الأرض : صالحت ، فإذا تراضيا على ذلك جاز ، ويطيب لكل واحد منهما ما أصابه ؛ لأن الحق بينهما لايعدوهما ، فإذا تراضيا بذلك زال الموجب للخبث ، فطاب لكل واحد منهما ما أصابه .

وفى كل موضع لم تفسد المزارعة إذا شرط البقر على أحدهما ، لا تفسد المزارعة إذا شرط استئجار البقر على أحدهما ، وإن شرط فى المزارعة عقد آخر ، وهو استئجار البقر ، فيكون صفقة مشروطة فى صفقة ، وإنما لا تفسد المزارعة ؛ لأن المراد من ذكر استئجار البقر بيان من عليه البقر ، لا حقيقة الاستئجار بدليل أن من شرط عليه استئجار البقر إذا لم يستأجر البقر ، لكن كرب الأرض بنفسه ، أو كرب بقر وهب له أو ورث ، أو اشترى جاز ذلك وإن لم يستأجر ، وإذا صار ذكر الاستئجار عبارة عن اشتراط البقر على أحدهما لا عن حقيقة الإجارة صار قوله على أن تستأجر أحدهما بمنزلة قوله : على أن البقر من أحدهما ، وكل جواب عرفته ثمة ، فهو الجواب ههنا .

ونظير هذا ما قالوا : فيمن زوج امرأة على أن يشترى بها دار فلان أو عبد فلان ، فيكون مهرًا لها كان المراد من ذكر المشترى أن يسلم إليها عبد فلان أو دار فلان ، لا حقيقة الشراء حتى إنه إذا أمكنه التسليم بدون الشرى ، بأن ورث ذلك العبد ، أو وهب له اجبرت المرأة على القبول ، كذا ههنا .

١٨٣٤٩ - هذا الذى ذكرنا إذا كانت الأرض من أحدهما ، والبذر من أحدهما ، فأما إذا كانت الأرض من أحدهما والبذر منهما ، فإن شرط العمل على المدفوع إليه الأرض ، وصورته رجل دفع أرضه إلى رجل على أن يعمل المدفوع إليه فيها بنفسه وبقره سنة هذه وببذره كرًا من طعام بينهما ، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه : إما أن شرطا أن

يكون الخارج بينهما نصفان، أو شرطا أن يكون ثلثا الخارج للعامل وثلثه للدافع، أو شرطا أن يكون ثلثا الخارج لرب الأرض والثلث للمدفوع إليه، وفى الوجوه كلها المزارعة فاسدة، والوجه فى تخريج هذا المسألة وما يجانسها أن نجعل ما يختص به كل واحد منهما من نصف الأرض كأرض على حدة، ثم يقدر المزارعة تقديرًا، فما جاز فى أرضين جاز فى أرض واحدة، وما فسد فى أرضين فسد فى أرض واحدة، وإنما اعتبرنا كل نصف من هذه الأرض بأرض على حدة؛ لأن نصف هذه الأرض مستأجر، والنصف غير مستأجر؛ لأن البذر إذا كان عليهما كان الدافع باعتبار ما عليه من البذر مستأجرًا للعامل، والعامل باعتبار ما عليه يكون مستأجرًا لنصف الأرض، وإذا كان نصف الأرض مستأجرًا، والنصف غير مستأجر كان حكم النصفين مختلفًا، فاعتبرنا كل نصف على حدة من هذا الوجه، إذا ثبت هذا الأصل جئنا إلى تخريج هذه المسألة، فنقول: إنما فسدت المزارعة فى هذه المسألة إما إذا شرطا أن يكون الخارج بينهما نصفان؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن رب الأرض قال للمزارع: ازرع أرضى هذه ببذرى على أن يكون الخارج كله لى، وازرع أرضى الأخرى هذه ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، وهذا فاسد فى الأرضين متى كان البذر مشتركًا بينهما؛ لأن الدافع جعل أجره عمل العامل فى بذر مشترك منفعة الأرض، ولو جعل أجرة عمله فى بذر مشترك دراهم أو دنانير لم يجز، فكذا إذا جعل أجر عمله فى شىء مشترك فى منفعة الأرض، وإذا لم يصح هذا فى أرضين إذا كان البذر مشتركًا، فكذا فى الأرض الواحد إذا كان البذر مشتركًا بينهما، وإذا فسدت المزارعة كان الخارج بينهما على قدر بذرهما النصف للدافع والنصف للعامل على ما عرف أن المزارعة متى فسدت كان الخارج كملا[1] لصاحب البذر والدرهم كان بينهما نصفين، فيكون نصف الخارج للدافع والنصف للمزارع، ثم ما أصاب الدافع من نصف الخارج يكون طيبًا له لا يلزمه التصدق بشىء منه؛ لأنه استفاده من أرضه وبذره، ولا خبث فيها، إنما الخبث فى عمل العامل، فإنه استأجره إجارة فاسدة، والخبث فى عمل العامل لا يوجب التصدق بالخارج، ولا يغرم[2] أجر مثل العامل فى عمله له؛ لأن العامل عمل فى شىء هو فيه شريك؛ لأنه عمل فى البذر،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل ،ف وم: "محلاً".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "ولا يغرم لو قتل العامل فى عمله له. . . إلخ".

والبذر كان مشتركًا بينهما .

هذا إذا كان البذر مشتركًا بينهما وقت الإلقاء، وإن لم يكن البذر مشتركًا وقت الإلقاء، وإنما تثبت الشركة بالاختلاط بعد الإلقاء، هل يجوز أو لا يجوز؟ فالمسألة على روايتين فى بعض الروايات يقول: يجوز، وفى بعض الروايات: فاسدة، وسيأتى الكلام فى جنس هذه المسألة بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ثم قال: إنه يغرم العامل للدافع أجر نصف أرضه؛ لأنا اعتبرنا كل نصف من الأرض بأرض على حدة، وجعلنا كل نصف مشغولا ببذر أحدهما على حدة، فعلى هذا الاعتبار: وكان العامل مستأجرًا نصف الأرض بشغله[1] بطعام نصفه، وإنه جائز إلا أن الإجارة إنما فسدت ههنا؛ لأنه أجره نصف الأرض على العامل فى بذر مشترك، وعمله فى بذر مشترك لا يصلح أجرًا، وأما إذا شرطا ثلثا الخارج للعامل، والثلث للدافع، فإنما فسدت المزارعة؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للعامل: ازرع أرضى هذه ببذرك ليكون الخارج كله لك، وازرع أرضى الأخرى هذه ببذرى ليكون الخارج بيننا أثلاثًا ثلثه لك وثلثاه لى، وهذا فاسد؛ لأنه دفع إليه أرضه مزارعة ليعطى للمزارع أرضًا أخرى يزرعه لنفسه، وهذا يوجب فساد المزارعة، كما لو دفع إليه أرضًا مزارعة على أن يعطيه رب الأرض ثوبًا، أو يقرضه هذا؛ لأنه جعل أجره على العامل فى بذر مشترك نصف منفعة أرضه، وبعض ما يخرج من بذره من الأرض الأخرى، ولو جعل أجر عمله فى بذر مشترك نصف منفعة الأرض لا غير كان فاسدًا، فإذا جعل أجر عمله فى بذر مشترك بينهما نصف منفعة الأرض وبعض الخارج[2] من يده أولى أن يفسد؛ لأنه ازداد الفساد.

وأما إذا شرطا ثلثا الخارج للدافع والثلث للعامل، إنما فسدت المزارعة؛ لأن تقديره كأن الدافع قال للعامل: ازرع أرضى هذه ببذرى ليكون الخارج كله لى، وازرع هذه الأرض الأخرى ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثًا ثلثه لى وثلثاه لك، وهذا فاسد؛ لأن الدافع دفع نصف الأرض مزارعة بالثلث على أن يعمل المزارع له عملا فى أرض أخرى، وهذا يوجب فساد المزارعة، كما لو دفع إليه أرضًا مزارعة على أن يخيط المزارع

(١) وفى الأصل وم: "لشغله بطعام نفسه بأرض على حدة، وإنه جائز".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "بذره".

له ثوبًا .

١٨٣٥٠ - هذا إذا كانت الأرض من أحدهما والبذر بينهما، وقد شرطا العمل على المدفوع إليه، فإن كانا شرطا العمل عليهما فى هذه الصورة بأن دفع الرجل إلى رجل أرضًا على أن يعمل فيها رب الأرض، والمدفوع إليه ببذر مشترك بينهما، فهذه المسألة على وجوه أيضًا، فإن شرطا أن الخارج بينهما نصفان، فهذا جائز؛ لأن تقدير هذه المزارعة كان صاحب الأرض قال للعامل : أنا أزرع هذه الأرض ببذرى، فيكون الخارج كله لى، فازرعه أنت هذه الأرض الأخرى ببذرك ليكون الخارج كله لك، وهذا جائز فى أرضين ، ويكون صاحب الأرض معيرًا إحدى الأرضين من العامل، فكذلك فى الأرض الواحد يجوز، ويصير صاحب الأرض معيرًا نصف الأرض للعامل؛ لأنه لم يبتغ لنصف الأرض الذى يزرعه العامل ببذره عوضًا، ولهذا قالوا: بأنه يطيب للعامل نصف الخارج لا يتصدق بشىء من ذلك؛ لأن نصف الأرض كان عارية عنده، ولم يكن عنده بإجارة فاسدة .

فإن قيل: رب الأرض شرط على العامل بإزاء منفعة نصف الأرض الذى يزرعه العامل ببذره عوضًا، وهو أن يعمل مع رب الأرض فى نصف الأرض الذى كان يزرعه رب الأرض ببذره؛ لأنهما شرطا أن يعملا جميعًا، فيكون عمل كل واحد منهما مشروطًا فيما يزرعه الآخر لنفسه ببذره .

الجواب عنه أنهما لم يشترطا فى المزارعة نصًا أن يعمل كل واحد منهما مع صاحبه فيما يزرعه لنفسه ببذره، وإنما شرطا أن يعملا فى بذر مشترك، فإذا عملا جميعًا ينصرف عمل كل واحد منهما إلى ملكه خاصة كعبد بين شريكين باعا العبد ينصرف بيع كل واحد منهما إلى ملكه، فكذا هذا، وإذا انصرف عمل كل واحد منهما إلى ما هو ملكه لم يصر شارطًا عمل الآخر مع نفسه فيما يزرعه ببذره، فلم يصر رب الأرض شارطًا على الذى يعمل معه أن يعمل مع رب الأرض فيما يزرع ببذره فى كونه معيرًا نصف الأرض .

١٨٣٥١ - هذا إذا شرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين، فأما إذا شرطا أن يكون لصاحب الأرض الثلثان، والثلث للذى يعمل معه، أو شرطا أن يكون ثلثا الخارج للعامل كانت المزارعة فاسدة فى المسألتين جميعًا؛ لأنهما لو لم يشترطا فى المزارعة عمل

رب الأرض كانت المزارعة فاسدة، فإذا شرط فيها عمل رب الأرض مع المزارع أولى أن تفسد المزارعة، وقد ازداد الفساد؛ لأن عمل رب الأرض مع المزارع لو لم يكن مشتركًا يوجب الفساد؛ لأنه مما يمنع التخلية بين الأرض وبين المزارع على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فلأن يكون[1] موجب للفساد، والبذر مشترك أولى، وإذا فسدت هذه المزارعة فى المسألتين جميعًا يقول: إذا أخرجت الأرض طعامًا إن كان شرطًا أن يكون الثلثان لرب الأرض والثلث للعامل، فالخارج بينهما نصفان على قدر بذريهما، فما أصاب صاحب الأرض يكون طيبًا له لا يتصدق بشيء منه؛ لأنه خرج من أرضه وبذره، ولا خبث فيهما، والنصف الآخر للعامل إلا أن العامل يغرم أجر مثل نصف الأرض؛ لأنه شرط له بإزاء نصف منفعة الأرض عوضًا، وهو بعض الخارج من بذر العامل.

١٨٣٥٢ - وإذا فسدت المزارعة، غرم أجر مثل نصف الأرض، ثم يأخذ من نصف الخارج قدر بذره، وما غرم من أجر مثل نصف الأرض، ويتصدق بالزيادة؛ لأن الزيادة إنما استفادها من أرض غيره بحكم مزارعة فاسدة، وإن شرطا أن يكون الثلثان للعامل والثلث لرب الأرض، فالخارج بينهما نصفان على قدر بذريهما إلا أن العامل لا يغرم شيئًا من أجر مثل الأرض لصاحب الأرض بخلاف المسألة الأولى أن فى المسألة الأولى رب الأرض ابتغى بإزاء منفعة نصف الأرض عوضًا، وهو ثلث ما يخرج من بذر المزارع، فأما ههنا لم يبتغ عوضًا، فإن رب الأرض لم يشترط على العامل شيئًا من الخارج من بذر العامل، بل شرط له بعض الخارج من بذره، وإذا لم يبتغ عوضًا بإزاء ما يزرعه العامل لنفسه كان الأرض عارية عنده، فلم يغرم شيئًا من أجر مثل الأرض لصاحبه، ولهذا يطيب نصف الخارج للعامل؛ لأنه استفاده عن أرض غيره بحكم الإغارة لا بحكم إجارة فاسدةبخلاف المسألة الأولى، فإنه استفاد الخارج بحكم إجارة فاسدة.

فإن قيل: هلا جعل كان صاحب الأرض أقرضه ثلث بذره، حتى يكون ثلث الخارج للمزارع.

قلت: القرض لا يصح من غير قبض؛ لأن البذر فى أيديهما متى شرطا أن يعملا

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "فلا يكون".

فى البذر ، وإذا لم يمكن إثبات القرض بقى نصف البذر على ملك الدافع .

١٨٣٥٣ - هذا الذى ذكرنا إذا كان الأرض من أحدهما ، فأما إذا كان الأرض بين رجلين دفعها إحداهما إلى صاحبه على أن يزرعها ، فيكون الخارج بينهما ، فهذه المسألة على وجهين : إما أن يكون البذر من جهة المزارع أو من جهة الدافع ، فإن كان من جهة المزارع وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين ، فهذه المزارعة فاسدة ، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب .

قال مشايخنا رحمهم الله : أراد بقوله : المزراعة فاسدة ، المزارعة فى نصيب الدافع ؛ لأنه لا مزارعة فى نصيب المزارع ، بل فى نصيبه مشورة ، وهو بالخيار ، إن شاء ، زرع ، وإن شاء لم يزرع .

وإنما فسدت المزارعة فى نصيب الدافع ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضى ببذرك ليكون الخارج كله لى على أن تزرع أرضك ببذرك ، فيكون الخارج كله لك ، وهذا فاسد فى أرضين على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكذا فى الأرض المشترك .

وإذا فسدت المزارعة ، إن أخرجت الأرض كثيرًا كان كله لصاحب البذر ، وهو المزارع ، يأخذ المزارع نصف ذلك ، فيطيب له ؛ لأنه خرج من أرضه وبذره ، ولا خبث فى ذلك ، والنصف الآخر خرج من نصيب الدافع ، يرفع العامل من ذلك مقدار بذره ، وما غرم من أجر نصف الأرض لصاحبه ، وما غرم للأجر ، ويتصدق بالزيادة ؛ لأن الفساد تمكن فى إجارة الأرض فى نصيب الدافع قد فسد ، والخارج الحاصل من الأرض بحكم إجارة فاسدة سبيله التصدق به ، وإن لم تخرج الأرض شيئًا غرم المزارع للدافع أجر مثل نصف الأرض ، وهو نصيب الدافع من الأرض ؛ لأن المزارعة قد فسدت ، وقد استوفى منفعة نصيبه بحكم مزارعة فاسدة ، وكان عليه أجر مثل نصيب الدافع من الأرض .

١٨٣٥٤ - هذا الذى ذكرنا إذا كان البذر من جهة المزارع ، أما إذا كان من جهة الدافع ، وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفان ، فالمزارعة فاسدة أيضًا ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال : ازرع أرضى ببذرى ليكون الخارج كله لى ، وازرع أرضك

ببذرى ليكون الخارج كله لك ، وهذا لا يجوز فى أرضين إذا كان أحدهما مشروطًا فى الآخر[1] ؛ لأن الدافع جعل أجره عمل المزارع فى أرض الدافع أن يقرضه بذرًا يزرع به أرض نفسه ، فإن من قال لآخر : ازرع أرضك ببذرى ليكون الخارج كله لك كان جميع الخارج للمزارع ، وصار الدافع مقرضًا[2] للبذر من المزارع .

وقوله : ليزرع أرضى ببذرى ليكون الخارج كله لى يكون استعانة بالعامل ، وإذا شرط أحدهما فى الآخر ، فقد جعل أجره عمل المضارب فى أرض صاحب البذر ؛ لأنه متى صار أجيرًا بعمل ، صار القرض مضمونًا بالمثل وبزيادة ، وهو عمل المزارع فى أرض صاحب البذر ، وهذا لا يجوز ، وصاحب البذر استأجر العامل بما لا يصلح أجرًا ، ففسدت الإجارة ، فإن كان هذا لا يجوز فى أرضين متى كان أحدهما مشروطًا فى الآخر لم يجز فى الأرض المشترك ؛ لأنا نعتبر كل نصف من الأرض المشترك بأرض على حدة ، وقد شرط أحدهما فى الآخر .

فإن قيل : هلا جعل نصف البذر بعينه على الفساد أجرة حتى لا يحمل على الفساد .

والجواب عنه قلنا : هذا هكذا إذا أمكن حمله على الصحة غير ممكن لوجهين : أحدهما : وهو أن هذا حالة الانفراد من الدافع يكون إقراضًا للبذر من المزارع ، فإن من قال لآخر : ازرع أرضك ببذرى ليكون الخارج كله لك يكون مقرضًا للبذر من المزارع ، وإن كان هذا قرضًا للبذر من الدافع للمزارع حالة الانفراد فجعل الإقراض كالمنصوص عليه ، ولو نص على القرض ، بأن قال : ازرع أرضى ببذرى على أن يكون الخارج كله لى على أن أقرضتك كر حنطة تزرع بها أرضك لا يمكن أن يجعل شيئًا من الكر أجرًا ؛ لأنه جعل الأجر إقراض الكر ، لا شيئًا من الكر بعينه ، وكذلك هذا .

والثانى : أنا متى جعلنا نصف الكر بعينه أجرة على المزارع فى نصيب الدافع لا تصح للإجارة ؛ لأنه يصير الأجر مشتركًا بينهما ، فيصير الدافع مستأجرًا للعامل ليعمل فى بذر مشترك ، والإجارة على عمل الأجير فيه شركة لا يجوز ، وكان كمن استأجر

---

(١) وكان فى الأصل : "الأجر" .

(٢) وفى ظ : "مقترضًا" .

حمالا ليحمل له حنطته ليكون أجرته نصف تلك الحنطة[1] لم يجز ، ولا يستحق أجرًا متى حمل ، فليس لحمل هذا العقد على الصحة إمكان أى الأمرين ما اعتبر به ، وإن كان البذر من جهة المزارع ، وشرطا أن يكون الخارج بينهما أثلاثًا ، فإن شرطا الثلثين للمزارع والثلث للدافع ، فهذا جائز ، والخارج بينهما على ما شرطا ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضى ببذرى ليكون الخارج بيننا أثلاثًا ثلثاه لى وثلثه لك على أن تزرع أرضك ببذرك ليكون الخارج له لك ، وهذه مشورة ، وإنها جائزة ، فالأول مزارعة جائزة أيضًا أكثر ما فيه أن المشورة صارت[2] مشروطة فى المزارعة إلا أن اشتراط المشورة فى المزارعة لا توجب فساد المزارعة ، وإن شرطا الثلثين للدافع ، فهذا الفصل لم يذكره محمد رحمه الله فى "الأصل"، قالوا : ويجب أن تكون هذه المزارعة فاسدة ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضى ببذرك فيكون الخارج كله لى على أن تزرع أرضك ببذرك ليكون الخارج بيننا نصفان ؛ لأن الدافع شرط لنفسه بعض الخارج فى أرض المزارعة ليس له فى ذلك لا بذر ولا عمل .

١٨٣٥٥ - وإن كان البذر من جهة الدافع ، وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفان فسدت المزارعة ، وإذا شرطا أن يكون أثلاثًا إن شرطا الثلثين للدافع ، فهذا فاسد ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كان الدافع قال للمزارع : ازرع أرضى ببذرى على أن يكون الخارج كله لى على أن تزرع أرضك ببذرى ليكون الخارج بيننا أثلاثًا ، وهذا فاسد ؛ لأن الدافع جعل أجرة عمل العامل فى أرض نفسه بعض ما تخرجه أرض المزارع ، وإذا فسدت هذه المزارعة ، وأخرجت الأرض طعامًا ، فالخارج كله لصاحب البذر وهو الدافع ، ويغرم الدافع للعامل أجر مثل عمله فى جميع الأرض ، وأجر مثل نصف الأرض ؛ لأنه استوفى عمله ومنفعة أرضه بحكم مزارعة فاسدة ، فيغرم لذلك أجر المثل ويطيب له نصف الخارج ؛ لأنه خرج من أرضه وبذره .

وأما النصف الآخر فإنما خرج من أرض المزارع ، فيأخذ من ذلك نصف بذره ونصف ما غرم من أجر مثل عمل العامل ونصف أجر مثل الأرض ، ويتصدق بالزيادة ؛

---

(١) وفى ظ : "الخطة".

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها : جازت .

لأن الزيادة استفادها من أرض غيره بحكم مزارعة فاسدة.

وإن شرطا الثلثين للمزارع لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب قال: ويجب أن تكون المزارعة فاسدة؛ لأن تقدير هذه المزارعة كان الدافع قال للمزارع: ازرع أرضى ببذرى على أن الخارج بيننا أثلاثًا ثلثاه لى، وثلثه لك على أن تزرع أرضك ببذرى ليكون الخارج كله لك، والدافع جعل أجر عمل المزارع فى أرضه بعض الخارج من أرضه، وهذا فاسد.

١٨٣٥٦ - هذا الذى ذكرنا إذا كان الأرض بينهما والبذر لأحدهما، فأما إذا كان البذر منهما، فهو على وجوه: الأول: إذا شرطا أن يكون البذر بينهما نصفان، وفى هذا الوجه إن شرطا الخارج بينهما نصفان، فهو جائز، والخارج بينهما على ما شرطا؛ لأن تقدير هذا العقد كان الدافع قال للمزارع: ازرع أرضى ببذرى على أن يكون الخارج كله لى، وازرع أرضك ببذرى على أن يكون الخارج كله لك، وكل واحد منهما جائز حالة الانفراد؛ لأن أحدهما استعانة والآخر مشورة، وإن شرطا أن يكون ثلثا الخارج للمزارع وثلثه للدافع، ذكر فى رواية أبى سليمان، وفى بعض روايات أبى حفص: أنها فاسدة.

وذكر فى بعض روايات أبى حفص: أنها جائزة.

وكان الفقيه أبو بكر البلخى يقول: ليس فى المسألة اختلاف الروايتين، ولكن اختلف الجواب لاختلاف الموضوع.

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: فى المسألة روايتان، وهو الصحيح، ولا خلاف أن البذر إن كان مختلطًا وقت الإلقاء أن المزارعة فاسدة، وإنما فسدت المزارعة إذا كان البذر مختلطًا وقت الإلقاء؛ لأن الدافع يصير شارطًا للعامل بعض الخارج من بذره أجرة عمله فى بذرمشترك، والمزارعة على هذا الوجه فاسدة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، والإجارة على ما هو فيه شريك لا يصح، وإذا عمل الأجير لا يستوجب شيئًا، وأما إذا لم يكن البذر مختلطًا قبل الإلقاء فوجه رواية الجواز ظاهر أن البذر إذا لم يكن مشتركًا وقت الإلقاء، ولا يكون هذا إجارة على عمل فى محل مشترك، بل يكون إجارة على عمل يصير الحاصل مشتركًا على تقدير الحدوث، وإنه لا يمنع جواز العقد؛ لأن الخارج فى المزارعات كلها يحدث مشتركًا، ولا يمنع ذلك جواز المزارعة، وهذا الرواية

أصح عندى .

١٨٣٥٧- وإذا جازت المزارعة على هذه الرواية كان الخارج بينهما على ما شرطا ، وإن شرطا أن يكون ثلثا الخارج للدافع والثلث للمزارع ، فالمزارعة فاسدة على الروايات كلها ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضى ببذرى على أن يكون الخارج كله لى ، وازرع أرضك ببذرك على أن يكون الخارج بيننا أثلاثًا ، وهذا فاسد ؛ لأنه استعانة بالعامل فى نصف الأرض ، وشرط على العامل ببعض الخارج من أرضه وبذره ، فهو نظير من دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه له بغير شيء إلى أن يعطى الخياط درهمًا لصاحب الثوب .

١٨٣٥٨- هذا إذا شرطا أن يكون البذر بينهما نصفان ، ولو شرطا أن ثلثى البذر على الدافع وثلثه على المزارع إن شرطا أن يكون الخارج بينهما ، فالمزارعة فاسدة ، ويكون الخارج بينهما على قدر بذرهما .

وكذلك إذا شرطا أن يكون شرطًا فى هذا الوجه أن يكون الخارج بينهما على قدر بذريهما الثلثان للدافع والثلث للمزارع كانت المزارعة فاسدة أيضًا ، وكذلك إذا شرطا أن يكون ثلث البذر للدافع والثلثان للعامل كانت المزارعة فاسدة أيضًا .

الفصل الثالث
فى الشروط فى المزارعة

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منها: فى شرط الخارج كله لأحدهما.

١٨٣٥٩- وإنه على وجهين: إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض، فصورته رجل دفع إلى رجل أرضًا وبذرًا على أن يزرعه بنفسه وأجراءه وبقره، فإن شرطا أن يكون الخارج كله لرب البذر، فهو جائز، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الأصل"، ولم يرد بقوله: فهو جائز أن المزارعة جائزة؛ لأن هذا العقد ليس بمزارعة؛ لأن فى المزارعة الخارج يكون مشتركًا، والخارج فى هذه الصورة ليس بمشترك، وإنما أراد به أن اشتراط جميع الخارج لصاحب البذر جائز، وهذا لأنه ليس تحت هذا الشرط إلا الاستعانة بالعامل ليزرع أرضه؛ لأن هذا شرط العمل من غير عوض، وهذا تفسير الاستعانة، والاستعانة جائزة.

وإن شرطا أن يكون الخارج كله للمزارع، فهذا جائز، وأراد به أن اشتراط جميع الخارج للمزارع جائز إذ ليس تحت هذا الشرط إلا إعارة الأرض من المزارع وإقراض البذر منه، وكل ذلك جائز حالة الانفراد، فكذا حالة الاجتماع، وهو نظير ما لو دفع إلى رجل حانوتًا وألف درهم، وقال له: اعمل بها فى حانوتى على أن يكون الربح كله لك، فهذا الشرط كله جائز، ويصير صاحب الحانوت معير الحانوت مقرضًا الدراهم، كذا ههنا.

وإن كان البذر من جهة المزارع، وهو الوجه الثانى، فهذا على وجوه: أحدها: أن يقول صاحب الأرض لرجل: ازرع أرضى بكر من طعامك على أن يكون الخارج كله لى، وهذا فاسد؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجرًا للأرض بكل الخارج فى هذه الصورة، والشرع إنما جوّز استئجار الأرض ببعض الخارج بخلاف القياس، فبقى جواز الاستئجار بكل الخارج على أصل القياس.

وإذا فسد هذا العقد كان جميع الخارج لصاحب البذر، وعليه أجر مثل الأرض لصاحب الأرض، ويطيب لصاحب البذر من الخارج قدر بذره ما غرم، ويتصدق بالزيادة، وكان ينبغى أن يكون جميع الخارج لرب الأرض كما اشترطا، ويصير المزارع مقرض البذر من رب الأرض، ويصير رب الأرض قابضًا له حكمًا لاتصاله بملكه، وهذا لأن صاحب الأرض لما شرط كل الخارج لنفسه، فقد طلب من المزارع[1] أن يكون البذر منه، ولما تعذر إثبات ذلك بالبيع لانعدام ذكر العوض وجب إثباته بالتبرع، وإنه نوعان: قرض، وهبته، والقرض أقل، فكان إثباته أولى، ألا ترى أنه لو كان البذر من جهة رب الأرض فقال للعامل: ازرعها ببذرى على أن يكون الخارج كله لك، يصير رب الأرض مقرضًا للبذر من المزارع، فههنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: إن البذر إذا كان من قبل رب الأرض، إنما جعل رب الأرض مقرضًا، ولم يجعل مستأجرًا للعامل ليعمل له فى أرضه؛ لأنا لو جعلناه مستأجرًا للعامل لا مقرضًا صار العامل عاملا لنفسه من وجه، ولرب الأرض من وجه من حيث إنه يملك منفعة من رب الأرض، ولو جعلناه مقرضًا للبذر من العامل يصير العامل فيما زرع عاملا لنفسه من كل وجه، والأصل فى عمل الحر أن يكون عمله له من كل وجه ما لم يجعل لغيره، ولم يثبت جعل المزارع عمله لغيره لا نصًا، ولا مقتضى اشتراط الخارج كله للعامل؛ لأن جميع الخارج كما يكون للعامل بطريق الأجر، فيكون عاملا لنفسه من وجه، ولرب الأرض من وجه يكون له بطريق القرض، فيكون عاملا لنفسه من وجه، فأثبتنا القرض ليكون المزارع عاملا لنفسه من كل وجه، أما فى مسألتنا لو جعلنا العامل مقرضًا البذر من رب الأرض كان العامل فيما يزرع عاملا لرب الأرض من كل وجه.

ولو جعلناه مستأجرًا للأرض بجميع الخارج كان عاملا لنفسه من وجه من حيث إنه يملك منفعة الأرض، والحر عامل لنفسه بقضية الأصل ما لم يجعل عمله لغيره، ولم يثبت جعل عمل العامل لرب الأرض لا نصًا، ولا مقتضى اشتراط جميع الخارج لرب الأرض؛ لأن الخارج كله كما يكون لرب الأرض بالقرض يكون له بحكم استئجار الأرض منه، فجعلناه مستأجرًا للأرض منه ليصير عاملا لنفسه من وجه، والتقريب ما

---

(١) وفى "م": من المزارع مقرضًا أن يكون... إلخ.

ذكرنا، ولو قال رب الأرض للمزارع: ازرع لى أرضى ببذرك على أن يكون الخارج كله لى، فهذا الشرط جائز، ويصير العامل مقرضًا للبذر من رب الأرض ويكون الخارج كله لرب الأرض ويكون المزارع معينًا له فى العمل، وهذا لأن رب الأرض أمره بالزراعة له حيث قال لى: وإنما يصير زارعًا له إذا صار البذر ملكًا له قبل ذلك، فتضمن الأمر بالزراعة له استقراض البذر، وحين أجابه المزارع[1]، فقد أقرضه، وصار رب الأرض قابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بملكه، وعمل الحر يجعل للغير عند جعل العامل، وقد وُجد الجعل مقتضى الأقدام على الزراعة بناء على طلب رب الأرض الزراعة له.

١٨٣٦٠- ولو قال له رب الأرض: ازرع لى أرضى ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، فهذا فاسد، والخارج كله لرب الأرض وللمزراع على رب الأرض مثل بذره وأجر مثل عمله؛ لأن صاحب الأرض لما قال له أولا: ازرع أرضى لى ببذرك، فقد صار مستقرضًا للبذر منه وصار قابضًا له حكمًا لاتصاله بملكه، فلما قال بعد ذلك: على أن يكون الخارج كله لك، فقد جعل جميع الخارج للمزارع، وتعذر جعله له بحكم القرض ثانيًا؛ لأن القرض لا يصح إلا بالقبض، ولا يوجد من المزارع بعد إلقاء البذر فى الأرض القبض، فكان جميع الخارج مشروطًا بحكم الإجارة، فقد استأجره للعمل بجميع الخارج، وإنه إجارة فاسدة، فيجب للعامل أجر مثل عمله وبذر مثل بذره بحكم القرض.

١٨٣٦١- ولو قال رب الأرض: ازرع أرضى ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، فهذا جائز، ويكون الخارج لصاحب البذر[2]، يكون صاحب الأرض معيرًا له أرضه.

ولو قال له صاحب الأرض: ازرعها لى ببذرك على أن يكون الخارج كله بيننا نصفان، كانت المزارعة جائزة، وكان الخارج بينهما نصفان، فكان المزارع مقرضًا للبذر من رب الأرض مقتضى أمر رب الأرض إياه بالمزارعة له بقوله: ازرعها، وصار رب الأرض قابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بملكه، ثم صار رب الأرض دافعا إليه الأرض

(١) وفى الأصل: أجابه إجابة المزارع.

(٢) وفى الأصل: ويكون الخارج كله لصاحب البذر.

مزارعة بعدإلقاء الحب فى الأرض بالنصف، عرف ذلك بقوله: على أن الخارج بيننا نصفان، ودفع المزارعة بعد إلقاء البذر فيها وبعد النبات حتى يربيه العامل ويسقيه جائز.

واستشهد بهذه المسألة، فقال: ألا ترى أن رب الأرض إذا قال للمزارع: أقرضنى مائة درهم، ثم اشتر لى بها كر حنطة وابذرها[1] لى فى أرضى على أن يكون الخارج بيننا نصفان، أليس أنه يجوز، فكذا ههنا.

وإذا دفع بذرًا إلى آخر، وقال: ازرعها فى أرضك على أن ما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بيننا، فالمزارعة فاسدة والزرع لصاحب البذر هكذا ذكر فى مزارعة الأصل.

وذكر فى أول كتاب المأذون: أن الزرع للمزارع وهو صاحب الأرض.

قال شيخ الإسلام فى شرح كتاب المزارعة: لا فرق بين المسألتين، ولكن تأويل ما ذكرنا فى كتاب المأذون أن صاحب البذر قال لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك ليكون الخارج بيننا نصفان، وفى هذه الصورة الزرع يكون لصاحب الأرض وهو المزارع؛ لأن المزارع صار مستقرضًا للبذر من رب البذر، عُرف ذلك بقوله: ازرعها لنفسك، فإذا فسدت المزارعة بقى الزرع لصاحب الأرض، وقد ذكر هشام مسألة المأذون فى نوادره مفسرة على نحو ما قلنا، وفى كتاب المزارعة لم يذكر أن صاحب البذر قال لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك، إنما ذكر أن صاحب البذر قال له: ازرعها ليكون الخارج بيننا، وفى هذه الصورة لا يصير المزارع مستقرضًا البذر بقى البذر على ملك صاحبه، فيكون الزرع لصاحب البذر عند فساد المزارعة من هذا الوجه حتى لو قال صاحب البذر لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك على أن الخارج بيننا نصفان، وباقى المسألة بحالها كان الخارج لصاحب الأرض كما فى مسألة المأذون.

١٨٣٦٢- وإذا دفع الرجل بذرًا إلى رجل، وقال: ازرعه فى أرضك ليكون الخارج كله لك، أو قال: ازرع أرضك ببذرى ليكون الخارج كله لك، فهذا جائز ويصير صاحب البذر مقرضًا للبذر من صاحب الأرض ليزرعه فى أرضه، وقد قبضه رب الأرض ببذره حقيقة، وإن كان صاحب البذر قال له: ازرع لى أرضك ببذرى ليكون الخارج كله لك، فهذا فاسد، والخارج كله لصاحب البذر؛ لأن صاحب البذر لما قال له:

---

(١) وفى "ظ": وابتذرها.

ازرعها لى، فقد بقى البذر على ملكه، فالزارع ألقى بذر رب البذر[1] فى أرضه بأمر رب البذر، فيكون كإلقاء البذر بنفسه.

ولو ألقى رب البذر بذره فى أرض الغير، ثم أعطاه مزارعة من رب الأرض ليكون الخارج كله لرب الأرض لا يجوز.

وإذا دفع بذرًا إلى رجل ليزرعه فى أرضه على أن الخارج كله لصاحب البذر، فهذا الشرط جائز، ويصير صاحب البذر مستعيرًا للأرض من رب الأرض، ومستعينًا به ليزرع له بذره، كل ذلك جائز.

ولو كان قال: ابذر هذا فى أرضك لنفسك على أن ما أخرج الله تعالى من شىء، فهو لى كله، فالخارج كله لصاحب الأرض، ولصاحب البذر على صاحب الأرض مثل بذره؛ لأن صاحب البذر لما قال له: ابذره لنفسك، فقد أقرض البذر منه، وصار رب الأرض قابضًا لذلك بيده، وإذا قال بعد ذلك: على أن الخارج كله لى، قد استقرض منه ما وقع فى الأرض، واستقراض ما يقع فى الأرض لا يصح.

وإذا قال الرجل لغيره: ازرع أرضك ببذرك على أن الخارج كله لى ذكر فى كتاب المزارعة أن هذا استقراض.

وذكر شيخ الإسلام فى بيوع الجامع فى باب بيع أحد العبدين أن هذا مزارعة فاسدة.

نوع آخر

فى اشتراط عمل غير المزارع مع المزارع:

١٨٣٦٣ - وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل على أن يزرعها ببذره وبقره ويعمل فيها معه هذا الرجل الآخر، فما أخرج الله تعالى من شىء، فالثلث من ذلك لصاحب الأرض، والثلث لصاحب البذر، والعمل والثلث لصاحب العمل الذى لا بذر من

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "فالزارع ألقى بذر رب الأرض فى أرضه بأمر رب الأرض، فيكون كإلقاء البذر... إلخ.

جهته، فهذه المزارعة فاسدة، وأراد به الفساد فى حق المزارع الثانى، أما فى حق المزارع الأول فالمزارعة صحيحة.

أما صحة المزارعة فى حق المزارع الأول فظاهر.

وأما فساده فى حق المزارع الثانى؛ لأن المزارع الأول صار مستأجرًا للأرض لما كان البذر من جهته، وصار مالكًا منفعة الأرض بحكم الإجارة، فيعتبر بما لو كان مالكًا بملك الرقبة، ومالك الرقبة إذا دفع الأرض إلى غيره مزارعة على أن يعمل معه المالك لا يجوز لفوات التخلية بين الأرض وبين المزارع، فكذا هذا.

ثم فساد المزارعة فى حق الثانى لا يوجب فساد المزارعة فى حق الأول؛ لأن المزارعة الثانية غير مشروطة فى المزارعة الأولى حتى لو كانت المزارعة الثانية مشروطة فى الأولى بأن قال: على أن يعمل هذا الرجل الآخر معه كانت المزارعة الأولى فاسدة عند بعض المشايخ.

وقال بعض المشايخ: لا تفسد المزارع الأولى وإن كانت الثانية مشروطة فى الأولى؛ لأنها غير مشروطة لرب الأرض، بل هى مشروطة للثالث، فهى صفقة شرطت فيها صفقة للأجنبى لا لأحد المتعاقدين، ومثل هذا لا يوجب فساد العقد.

وفى المنتقى أن اشتراط الصفقة للأجنبى يوجب الفساد أيضًا كما إذا قال لغيره: بعت منك هذا لعبد بكذا على أن تبيع دارك هذه من فلان، أو على أن تقرض فلانًا الأجنبى كذا.

١٨٣٦٤- فرق بين هذه المسألة وبين المسألة المذكورة فى باب المعاملة، وصورتها رجل دفع نخيله إلى رجل معاملة بالنصف على أن يعمل فلان معه على أن يعطى العامل فلانًا مائة درهم، ذكر أن المعاملة فاسدة فى حق المعامل الأول، وههنا قال: لا تفسد المزارعة فى حق الأول، أما على قول من قال من مشايخنا: المزارعة فى حق الأول إنما لم يفسدها؛ لأن عمل الثانى معطوف على الأول غير مشروط فيه، فالفرق بين هذه المسألة ومسألة المعاملة ظاهر؛ لأن فى مسألة المعاملة عمل الثانى مشروط فى المعاملة الأولى، ولو كان المزارعة الثانية مشروطة فى المزارعة الأولى وجب الفساد أيضًا، وفى مسألة المعاملة لو كان عمل الثانى معطوفًا، بأن قال: ويعمل معه فلان على أن له على

العامل أجر مائة درهم كانت المعاملة جائزة أيضًا، وأما على قول من قال من مشايخنا ههنا: بأن المزارعة فى حق الأول لا تفسد وإن كانت المزارعة الثانية مشروطة فى الأول، فوجه الفرق أن فى مسألة المعاملة العقد الثانى وإن كان مشروطًا للثالث لا لصاحب النخيل من حيث الحقيقة إلا أنه باعتبار المعنى مشروط لصاحب النخيل؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى صاحب النخيل؛ لأن صاحب النخيل مستأجر للعامل، فيكون أجر العامل الثانى عليه لا على العامل الأول، فإن اشتراط على العامل الأول كانت منفعة هذا الشرط عائدة إلى صاحب النخيل، صار هذا الشرط باعتبار المعنى مشروطًا لصاحب النخيل لا للثالث، وكانت هذه صفقة شرطت فى صفقة لأحد المتعاقدين فيه منفعة، فأما فى مسألة المزارعة فالعقد الثانى مشروط للمزارع الثانى لا لرب الأرض؛ لأن منفعة ذلك غير عائدة إلى رب الأرض، وليس بمستأجر متى كان البذر من جهة المزارع، بل المستأجر هو المزارع الأول، فيكون أجر الثانى على المزارع الأول لا على رب الأرض، فلم يصر العقد الثانى مشروطًا لرب الأرض، بل كان مشروطًا للثانى، وهذا لا يوجب الفسادكما لو باع منه دارًا على أن يبيع غلامه من أجنبى.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض، والمسألة بحالها كانت هذه مزارعة جائزة؛ لأن البذر إذا كان من جهة صاحب الأرض، صار مستأجرًا للعاملين ببعض الخارج، واستئجار العاملين ببعض الخارج جائز.

نوع آخر
فى اشتراط بعض الخارج لغير المتعاقدين:

١٨٣٦٥- إذا شرط فى المزارعة بعض الخارج لعبد أحدهما، فهذا على وجهين: الأول: أن البذر من صاحب الأرض، وقد شرط ثلث الخارج لرب الأرض والثلث للمزارع والثلث لعبد رب الأرض، فالمزارعة جائزة، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وسواء شرط عمل العبد مع المزارع أو لم يشترط.

أما إذا لم يكن على العبد دين، ولم يشترط عمل العبد مع المزارع، فلأن المشروط لعبد رب الأرض، ولا دين عليه، ولم يشترط عمله مشروط للمولى، وهذا لأنه إن

تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد بحكم المزارعة؛ لأنه لم يشترط عمله فى المزارعة أمكن تصحيحه للمولى؛ لأن كسب العبد، ولا دين عليه مملوك للمولى، فجعلنا هذا الشرط للمولى حتى لا يلغو الشرط، وكأنهما شرطا للمولى ثلثا الخارج، وللمزارع ثلث الخارج.

وأما إذا شرط عمل العبد ولا دين عليه؛ لأنه إن تعذر تصحيح هذا الشرط بحكم المزارعة للعبد مع أنه شرط عمله؛ لأن المولى يصير مستأجرًا عبده، واستئجار المولى عبده، ولا دين عليه لا يصح، أمكن تصحيحه بجعله مشروطًا للمولى، وصار كأنهما شرطا للمولى ثلثا الخارج والثلث للمزارع.

وأما إذا كان على العبد دين، ولم يشترط عمل العبد مع المزارع فلأن المشروط للعبد عند من يجوز المزارعة كالمشروط للمولى، وإن كان على العبد دين؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى فى كسبه عند من يجوّز المزارعة، فصار كالمشروط للعبد مشروطًا للمولى من هذا الوجه.

أما إذا كان على العبد دين، وقد شرط عمل العبد فلأن المشروط للعبد وعليه دين مستغرق مشروط للعبد، وأمكن تصحيحه بجعل المشروط مشروطًا للعبد؛ لأن استئجار المولى عبده المديون صحيح.

١٨٣٦٦- هذا الذى ذكرنا إذا كان البذر من قبل رب الأرض وشرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض، فإن شرط ثلث الخارج لعبد المزارع فالمزارعة جائزة أيضًا سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وسواء شرط عمل العبد مع المزارع أو لم يشترط.

أما إذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله فلأن المشروط لعبد المزارع، والحالة هذه كالمشروط للمزارع، فكأنهما شرطا فى الابتداء ثلثى الخارج للمزارع.

وأما إذا شرطا عمله فلأن المشروط للعبد، إذا شرط عمله مشروط للعبد، وأمكن تصحيح هذا الشرط بحكم المزارعة؛ لأن رب الأرض يصير مستأجر المزارع وعبده بثلثى الخارج، وإذا صح هذا الشرط للعبد، صار المشروط كسب العبد، فإذا لحق العبد دين، والمولى لم يأخذ ذلك منه بعد، يقضى منه دين العبد.

وأما إذا كان على العبد دين، ولم يشترط عمل العبد مع ذلك فلأن المشروط للعبد

إذا لم يشترط عمله مشروط لمولاه على قول من يجوّز المزارعة، وإن شرط عمل العبد مع ذلك، فالمشروط للعبد يكون مشروطًا للعبد حتى يقضى منه ديونه.

هذا الذى ذكرنا إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وإن كان البذر من قبل المزارع، فإن شرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض، فالمزارعة جائزة إذا لم يكن على العبد دين، ولم يشترط عمله، ويعتبر المشروط للعبد مشروطًا للمولى من الابتداء، وإن شرط عمل العبد ولا دين عليه، فالمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية؛ لأنه إذا شرط عمله كان المشروط له حتى يقضى ديونه منه إن لحقه دين، ويكون ذلك فى يده، وعند ذلك يصير المزارع مستأجرًا للأرض ببعض الخارج، وإنه جائز، وعبد رب الأرض ببعض الخارج، وإنه لا يجوز، ففسدت المزارعة من وجه، فحكمنا بفسادها.

وروى أصحاب الأمالى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه يجوز.

وجه هذه الرواية أنه ليس تحت هذه المزارعة إلا استئجار الأرض واستئجار العامل، وهو عبد رب الأرض ببعض الخارج، وكل ذلك جائز حالة الانفراد.

وجه هذه الرواية: أن القياس يأبى جواز استئجار العامل ببعض الخارج، وإنما ورد الشرع به إذا كان الاستئجار من رب الأرض، وههنا المستأجر للعامل ليس صاحب الأرض، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، وإن كان على العبد دين إن لم يشترط عمل العبد، فالمزارعة جائزة، ويكون المشروط للعبد مشروطًا لمولاه كأنهما شرطا من الابتداء ثلثا الخارج لرب الأرض وثلثه للمزارع، فإن شرطا عمل العبد مع ذلك، فالمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية؛ لأن المزرع يصير مستأجر الأرض، والعبد ببعض الخارج.

١٨٣٦٧- وإن شرط ثلث الخارج لعبد المزارع فى هذه الصورة إن لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله فهو جائز، ويكون ثلثا الخارج للمزارع والثلث لرب الأرض، وإن شرط عمل العبد مع ذلك إن شرط عمل العبد فى العقد فالمزارعة فاسدة فى حقهما جميعًا، وإن لم يشترط عمل العبد فى العقد، بل عطف عليه، فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، وفى حق العبد فاسدة.

وإن كان على العبد دين إن لم يشترط عمل العبد، فالمزارعة جائزة، ويكون المشروط للعبد مشروطًا للمزارع، وإن شرط عمله فالجواب فيه كالجواب فيما إذا لم

يكن على العبد دين، وقد شرط عمله.

١٨٣٦٨- ولو شرط بعض الخارج لبقر أحدهما، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الخارج لعبد أحدهما، ولا دين عليه إذ لا يتصور وجوب الدين على البقر، وفى العبد إذا لم يكن عليه دين إن لم يشترط عمله يعتبر المشروط للعبد مشروطًا لمولاه، فكذا فى البقر إذا لم يشترط عمله يعتبر المشروط للبقر مشروطًا لمولاه، وإن شرط عمله، فكذلك يعتبر المشروط للبقر مشروط لمولاه بخلاف العبد، ألا ترى أن من أوصى لشاة فلان أن تعلف شهرًا يصح، ويعتبر ذلك وصية لصاحبها، كذا ههنا.

١٨٣٦٩- وإذا شرطا ثلث الخارج للمساكين جازت المزارعة، فكان ما شرط للمساكين مشروطًا لصاحب البذر؛ لأنه لو شرط ثلث الخارج لرجل معلوم ولم يشترط عمله فى المزارعة لم يصح؛ لأن الخارج إنما يستحق إما بالبذر أو بالعمل أو بالأرض، فإذا شرط للمجهول وليس له عمل وأرض وبذر أو لى أن لا يصح، وإذا لم يصح ما شرطا للمساكين صار كالمسكوت عنه، فيكون صاحب البذر إلا أنه يجب على صاحب الأرض فيما بينه وبين ربه أن يتصدق بذلك؛ لأنه تصديق بثلث الخارج الذى يتصرف من بذره على المساكين، وكان هذا نذرًا منه، ومن نذر أن يتصدق بشيء من ماله، فإنه يلزم الوفاء به فيما بينه وبين ربه لقوله تعالى: ﴿وَأَوفُوا بِعَهدِ اللهِ إِذَا عَاهَدتّم﴾[1] إلا أن القاضى لا يجبره على ذلك؛ لأنه لا مدخل للقضاء فى النذر، ولا يوجب فساد المزارعة، وإن شرط فيها مالا تقتضيه المزارعة، وللمشروط له منفعة لوجهين: أحدهما أن مثل هذا الشرط إنما يوجب فساد العقد إذا كان مشروطًا للعاقد، فأما إذا كان مشروطًا للأجنبى فإنه لا يوجب فساد العقد.

والثانى: أن ما شرط لم يصر حقا للمشروط له، ألا ترى أنه لم يثبت للمساكين حق المطالبة والخصومة فى ذلك، والشرط إذا لم يصر حقًا للمشروط له، فإنه لا يوجب فساد العقد، وإن كان ذلك شرطًا لا يقتضيه العقد وقد شرط للمعقود عليه، فإذا[2] شرط للأجنبى أولى.

---

(١) سورة النحل: الآية ٩١.

(٢) وفى الأصل: "فأما إذا شرط".

وبيان ذلك ما قالوا: فيمن اشترى حماراً أو رمكة على أن لا يبيعه، فالبيع لا يفسد بهذا الشرط؛ لأن الشرط لم يصر حقّا للمشروط له؛ لأن الدابة ليست من أهل الاستحقاق، وبمثله لو اشترى عبداً على أن لا يبيعه المشترى، أو أمة على أن يتخذه أم ولد كان البيع باطلا؛ لأنه شرط فى البيع ما لا يقتضيه البيع، وقد صار الشرط حقّا للمشروط له، وإنه من أهل الاستحقاق، فأوجب الفساد، فكذا هذا.

والذى ذكرنا من الجواب فيما إذا شرط بعض الخارج لعبد أحدهما، فهو الجواب فيما إذا شرط بعض الخارج لمدبر أحدهما، وسائر ما يملك المولى كسبه، وإن شرط بعض الخارج لمكاتب أحدهما وسائر ما لا يملك كسبه.

وإن شرط بعض الخارج لمن تقبل شهادته له كأخ أحدهما أو أخت أحدهما، أو لا تقبل شهادته له كابن أحدهما أو لأجنبى فهو على وجهين: أحدهما: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفى هذا الوجه المزارعة جائزة، شرط عمله أو لم يشترط عمله، أما إذا شرط عمله فلأن رب الأرض صار دافعًا أرضه وبذره إلى رجلين ليزرعاها، وهذا جائز؛ لأنهما شريكان فى العمل ورأس المال، وهو البذر من رب المال، وهذا جائز، كما فى المضاربة إذا دفع ماله مضاربة إلى اثنين، وكان الخارج بينهم على ما شرطوا، وأما إذا لم يشترطوا عمله فكذلك الجواب، ويكون ما شرط لهؤلاء لرب الأرض؛ لأنه تعذر اعتبار هذا الشرط فى حق هؤلاء بحكم المزارعة؛ لأنه ليس له عمل ولا بذر ولا أرض، والخارج بحكم المزارعة إنما يستحق بأحد هذه الأسباب، ولا يمكن تصحيح الكلام المشروط لهؤلاء هبة؛ لأنها هبة ما لم تلحق[1].

١٨٣٧٠- وإذا تعذر تصحيح المشروط لهؤلاء جعل المشروط لهؤلاء كالمسكوت عنه، وما وقع السكوت عنه من بعض الخارج ملحق بصاحب البذر؛ لأن الخارج متولد عن ملكه، فكون له ما لم يشترط لغيره.

الوجه الثانى: إذا كان البذر من جهة المزارع، وقد شرط بعض الخارج لمن لا يملك المزارع كسبه إن لم يشترط عمله، فالمزارعة جائزة، وكان المشروط لهؤلاء من الخارج للمزارع، وإن شرط عمله، فالمزارعة بين صاحب الأرض وبين المزارع جائزة، وفاسدة

(١) وفى ظ: "تخلق".

فيما بين المزارع والمشروط له حتى إذا عمل المشروط له مع المزارع كان له على المزارع أجر مثل عمله.

١٨٣٧١ - وإذا دفع أرضه مزارعة إلى رجل على أن يزرعها سنة ببذره وبقر فلان على أن لرب الأرض ثلث الخارج وللمزارع ثلث الخارج ولصاحب البقر ثلث الخارج فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، وفى حق صاحب البقر فاسدة؛ لأن صاحب البقر دفع البقر مفردًا مزارعة، ودفع البقر مفردًا مزراعة لا يجوز، وفيه حديث مجاهد.

فإن قيل: ينبغى أن تفسد المزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع؛ لأن هذه مزارعة فاسدة، فتكون صفقة مشروطة فى صفقة.

قلنا: اشتراط الصفقة فى صفقة إنما يوجب الفساد إذا كانت مشروطة لأحد العاقدين، والصفقة الأخرى ههنا شرط للأجنبى لا لأحد العاقدين، ولصاحب البقر أجر مثل البقر على المزارع؛ لأن المزارع صار مستأجرًا لبقره، إذ البذر كان من جهته، وإن كان البذر من جهة رب الأرض فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، وفاسدة فى حق صاحب البقر، وعلى رب الأرض أجر مثل البقر؛ لأنه صار مستأجرًا للبقر إذ البقر كان من جهته.

نوع آخر
فى اشتراط أحدهما لصاحبه شيئًا من الخارج بعينه:

١٨٣٧٢ - إذا شرط فى المزارعة ما يقطع الشركة فى الخارج عسى تفسد المزارعة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، فإذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى إجارة محضة[١]، والإجارة المحضة ببدل معدوم لا تجوز، وعن هذا قلنا: إنهما إذا شرطا أن صاحب البذر يرفع من الخارج قدر بذره، ويكون الباقى بينهما، كانت المزارعة فاسدة؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا قدر البذر، فهذا شرط يقطع الشركة فى

(١) وفى م: "مختصة".

الخارج[١].

ولو شرطا أن يرفع[٢] أحدهما عشر الخارج لنفسه، أو الثلث أو ما أشبه ذلك كانت المزارعة جائزة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة فى الخارج؛ لأن الخارج أى شيء يكون له عشر وثلث، وهذا هو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يشترط رفع قدر البذر أولا، والباقى بينهما أن ينظر إلى مقدار بذره، وإلى مقدار ما يخرج من مثل ذلك الأرض عادة حتى يعلم أن بذره من الخارج كم يكون، فإن كان قدر بذره من الخارج قدر ثلث الخارج يشترط لنفسه الثلث، وعلى هذا القياس -فافهم-.

١٨٣٧٣- ولو شرطا فى المزارعة رفع قدر الخراج للسلطان من الخارج، والباقى بينهما، فإن كان الخراج خراج وظيفة دراهم مسماة، أو قفزان مسماة كانت المزارعة فاسدة؛ لأن اشتراط قدر الخارج لسلطان ومنفعة ذلك عائدة على رب الأرض[٣] بمنزلة اشتراط ذلك لرب الأرض تفسد المزارعة، كذا ههنا، وإن كان الخراج خراج مقاسمة، وهو بعض الخارج إما العشر أو الثمن، أو ما أشبه ذلك، فالمزارعة جائزة.

وكذلك إذا كانت الأرض عشرية، وشرطا رفع قدر العشر من الخارج، أو لاحظ السلطان، والباقى بينهما، فالمزارعة جائزة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة فى الخارج.

١٨٣٧٤- ولو كان الأرض عشريًا، فقال رب الأرض للمزارع: لا ندرى إما نسقى الأرض هذه السنة فيحًا أو سيحًا، فيأخذ السلطان منا العشر، أو نسقيها بغرب أو دالية، فيأخذ السلطان منا نصف العشر، فشرطا أن لرب الأرض النصف مما تخرج الأرض بعد أخذ السلطان والنصف للمزارع، فالمزارعة جائزة على قولهما؛ لأن المشروط للسلطان من العشر كالمشروط لرب الأرض والمزارع على قولهما؛ لأن العشر عليهما على قولهما، فصار تقدير هذه المزارعة، كأنهما قالا: العشر بيننا، أو نصف العشر بيننا، والباقى فى بيننا، فيكون هذا فى الحاصل شرط الخارج بينهما نصفان، وإنه

(١) وفى م: "فى الخارج عسى".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "يدفع".

(٣) وفى ظ وم والأصل: "إلى رب الأرض".

جائز.

١٨٣٧٥ - ولو كان الأرض خراجيّا، فقال صاحب الأرض للمزارع: إنا لا ندرى أن السلطان يأخذ منا هذه السنة خراج الوظيفة أو خراج المقاسمة، ومعنى هذا أن الأراضى تكون خراجية خراج وظيفة إلا أنها فى بعض السنين لا تطيق خراج الوظيفة، وعند ذلك يجوز[1] للسلطان أن يأخذ خراج المقاسمة، وذلك إلى نصف الخارج، فالمالك يقول: لا ندرى أن الأراضى فى هذا السنة، هل تطيق خراج الوظيفة، فيأخذ السلطان ذلك، أو لا تطيق، فيأخذ السلطان خراج المقاسمة، فيقول للمزارع: عاملتك على أن يرفع[2] مما يخرج الأرض حظ السلطان مقاسمة كانت أو وظيفة، والباقى بيننا، فهذه المزارعة فاسدة؛ لأن خراج الوظيفة على رب الأرض بلا خلاف، فالمشروط من ذلك للسلطان مشروط لرب الأرض، وخراج المقاسمة على رب الأراضى والمزارع، فالمشروط من ذلك للسلطان مشروط لهما، فصار تقدير هذه المزارعة كأن صاحب الأرض، قال للمزارع: دفعت إليك هذه الأرض مزارعة على أن لى من الخارج بقدر إخراج الوظيفة، كذا قفيزًا، والباقى بيننا نصفان، أو على أن الخارج بيننا نصفان، ولو صرح بهذا ليس[3] أنه لا يجوز المزارعة بخلاف مسألة العشر التى تقدم ذكرها؛ لأن العشر عليهما عندهما، فيصير تقدير ذلك المزارعة كأن صاحب الأرض قال: دفعت إليك الأرض مزارعة على أن الخارج بيننا، ولو صرح بذلك كانت المزارعة جائزة، أما ههنا بخلافه.

نوع آخر
فى اشتراط الأعمال على أحدهما:

١٨٣٧٦ - الأصل فى هذا النوع: أنه إذا شرط فى المزارعة على المزارع أو على رب الأرض ما ليس من أعمال المزارعة تفسد به المزارعة؛ لأنه شرط فيها ما لا تقتضيه

---

(١) وكان فى الأصل وف وم: "لايجوز".

(٢) وفى الأصل: "على أن ترفع".

(٣) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "أليس أنه لا يجوز".

المزارعة، وفيه منفعة لأحدهما، ومثل هذا الشرط يوجب فساد المزارعة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة، فالإجارة تفسد مثل هذا الشرط، فكذا المزارعة.

١٨٣٧٧- وإذا شرط فيها ما كان من أعمال المزارعة لا تفسد المزارعة؛ لأنه شرط فيها ما تقتضيه المزارعة، وشرط ما يقتضيه العقد فى العقد يوجب تاكيد العقد لا فساده، والفاصل بين عمل المزارعة وغير عمل المزارعة أن كل عمل ينبت وينمى ويزيد فى الخارج، فهو من عمل المزارعة، وكل عمل لا ينبت، ولا ينمى، ولا يزيد فى الخارج، فهو ليس من أعمال المزارعة.

١٨٣٧٨- إذا شرط على المزارع أو على رب الأرض الحصاد والدباس والتذرية، ودفعه إلى البيدر[1] فسدت المزارعة، هكذا ذكر فى ظاهر الرواية.

وروى أصحاب الأمالى عن أبى يوسف رحمه الله: أن المزارعة مع شرط الحصاد والدباس والتذرية على المزارع جائز.

قال الفقيه أبو بكر البلخى: كان محمد بن سلمة وغيره من كبار مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط، وكانوا يزيدون على هذا، ويقولون: بجواز شرط التنقية[2] والحمل إلى منزل رب الأرض؛ لأن المزارعة بهذه الشرائط متعامل فيما بين الناس.

وجه ما روى عن أبى يوسف رحمه الله: التعامل الظاهر فى اشتراط هذه الأشياء على المزارع.

وجه الاستحسان: أن هذه الأشياء ليست من أعمال المزارعة؛ لأنها لا تنبت ولا تنمى، ولا تزيد فى الخارج، فاشتراطها على المزارع يوجب فساد المزارعة كما لو شرط عليه الطحن والحمل إلى منزل رب الأرض، وما يقول: أن المزارعة بهذه الشرائط متعامل، قلنا: متعامل فى بعض البلدان دون البعض، ألا ترى أن محمداً حكم بفسادها، ولو وجدها متعاملا فى جميع البلدان ما حكم بفسادها، وتعامل بعض البلدان لا يكون حجة.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "البذر".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: "الطحن".

١٨٣٧٩- وإذا شرط كرى الأنهار وإصلاح المسناة على أحدهما، إن شرط على المزارع، فالمزارعة فاسدة، سواء كان البذر من قبله أو من قبل رب الأرض.

أما إذا كان البذر من قبله؛ لأنه شرط فى المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة تقتضى أن يكون كرى الأنهار وإصلاح المسناة على رب الأرض لا على المزارع؛ لأن رب الأرض هو أجر للأرض ببعض الخارج، يعتبر بما لو آجرها بالدراهم، وهنا إصلاح النهر على رب الأرض؛ لأن به يتمكن المستأجر من الانتفاع، كذا ههنا.

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض، فلأنه استأجر العامل ببعض الخارج المزارعة، ولعمل آخر ليس من أعمال المزارعة؛ لما ذكرنا من حد عمل المزارعة، واستئجار العامل للزراعة، ولعمل آخر ببعض الخارج لا يجوز كما لو استأجر للزراعة[1] ولخياطة ثوب لرب الثوب، ويكون جميع الخارج للمزارع، ويغرم المزارع أجر مثل الأرض لرب الأرض، ويغرم رب الأرض للمزارع أجر مثل عمله فى كرى الأنهار وإصلاح المسناة.

١٨٣٨٠- وإن شرط ذلك على رب الأرض، فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر، وإن كان البذر من قبل المزارع؛ لأنه شرط فى المزارعة ما يقتضيها؛ لأن البذر إذا كان من قبل المزارع كان رب الأرض مؤجر للأرض، وإصلاح النهر والمسناة على الآجر.

وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فلأنه استأجر العامل بعمل المزارعة، وشرط على نفسه ما ليس من عمل المزارعة، والمزارعة هكذا تقتضى.

١٨٣٨١- وإن شرط فى عقد المزارعة كِراب الأرض على أحدهما، فإن شرط على المزارع، فالمزارعة جائز من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط فى المزارعة ما تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة توجب الكِراب على المزارع؛ لأنه من أعمال المزارعة، ألا ترى أنه يجب على المزارع من غير شرط إذا كان لا يحصل الزرع المرغوب فيه إلا بالكِراب، وأما إذا شرط على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع كانت المزارعة فاسدة؛ لأن المزارع يصير مستأجراً للأرض مع رب الأرض ببعض الخارج، واستئجار رب

(١) وكان فى الأصل: "المزارعة".

الأرض ببعض الخارج لا يجوز، فهذه مزارعة شرط فيها إجارة فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فالمزارعة جائزة إذ ليس يجب على هذا الشرط سوى إضافة المزارعة إلى وقت فى المستقبل، وهو ما بعد الكراب، واستئجار العامل لبعض أعمال المزارعة، وكل ذلك جائز حالة الانفراد.

ومن سلك هذه الطريقة يقول: إنما تجوز المزارعة إذا بيّن للكراب وقتًا معلومًا حتى يكون وقت انعقاد المزارعة معلومًا، وأما إذا لم يبيّن فالمزارعة فاسدة لجهالة وقت انعقاد المزارعة، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر البلخى والفقيه أبوجعفر الهندوانى.

ومن المشايخ من قال: إنما جاز العقد؛ لأنه أراد بهذا الكراب الكراب المعتاد، وهو الكراب قبل الزراعة، وإنه شرط غير لازم؛ لأن المزارعة غير لازمة قبل إلقاء البذر فى الأرض من كان البذر من جهته، فكذا ما شرط فى المزارعة لا يكون لازمًا، ومثل هذا الشرط لايوجب فساد المزارعة حتى لو كان المراد من هذا الكراب الكراب بعد الزراعة تفسد المزارعة؛ لأنه يصير لازمًا كالمزارعة، وإنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد.

ومن سلك هذه الطريقة يقول: يجوز المزارعة بيّن للكراب وقتًا معلومًا أو لم يبيّن.

١٨٣٨٢ - وإذا شرط فى المزارعة على أن أحدهما أن يسرقنها من عند نفسه، فإن شرط ذلك على المزارع، فالمزارعة فاسدة من أيهما كان البذر.

أما إذا كان البذر من جهة المزارع؛ لأن المزارع صار مستأجرًا للأرض ببعض الخارج وبالسرقين؛ لأنه بذل شيئين بإزاء منفعة الأرض نصف الخارج، والسرقين مجهول، وجهالة الأجر تمنع صحة الإجارة، ويكون الخارج كله للمزارع، وعليه أجر مثل الأرض، ولا يغرم رب الأرض شيئًا للمزارع من قيمة السرقين الذى طرحه فى الأرض؛ لأن منفعة السرقين حصلت للمزارع حال قيام الزرع فى الأرض، وبعد الحصاد الباقى مجرد المنفعة، وهو قوة الأرض إما عين السرقين صار مستهلكًا بالإلقاء كالبذر، ومجرد المنفعة عندنا لا تتقوم من غير عقد، ولا شبهة عقد.

وأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض فلأن رب الأرض قابل بعض الخارج بإزاء

المنفعة، وهى منفعة العامل، وبإزاء العين وهو السرقين، فما يقابل العين شراء وشراء السرقين ببعض الخارج لا يجوز، فهذه مزارعة شرط فيها شراء فاسد، ولو شرط فيها شراء جائزًا أوجب فساده، فههنا أولى، فيكون الخارج كله لرب الأرض، وعليه أجر مثل عمل المزارع فى أرضه، وقيمة ما طرح من السرقين؛ لأن رب الأرض اشترى السرقين شراء فاسدًا، وصار قابضًا له حكمًا لاتصاله بملكه، ومنفعة ذلك حصلت له، وكان عليه قيمة ما طرح من السرقين فى أرضه، وإن شرط السرقين على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع، فالمزارعة فاسدة؛ لأنه صار مشترى السرقين من رب الأرض ببعض الخارج، ويكون الخارج للمزارع، وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقين؛ لأنه اشترى السرقين شراءً فاسدًا، وصار قابضًا له حكمًا لاتصاله بزرعه، ومنفعة ذلك حصلت له، وكان عليه قيمته، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فالمزارعة جائزة؛ لأنه استأجر العامل ليعمل فى أرض السرقين والمبعورة بنصف الخارج، وإنه جائز.

١٨٣٨٣- وإن شرط أحدهما على الآخر إلقاء السرقين فى الأرض من سرقين رب الأرض، كما هو المعروف فى بلادنا، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب.

وحكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد رحمه الله: أنه كان يقول: إذا شرط ذلك على المزارع، فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد؛ لأن إلقاء السرقين من عمل المزارعة؛ لأنه مما يزيد فى الخارج، فكان كالكراب، واشتراط الكراب على المزارع لا يوجب فساد المزارعة من أيهما كان البذر، فكذلك هذا.

فإن قيل: أ ليس أن منفعته تبقى إلى العام الثانى، وهذا يوجب فساد المزارعة.

قلنا: منفعة عمله لا تبقى إلى العام الثانى، إنما الذى يبقى إلى العام الثانى منفعة السرقين، وذلك ملك رب الأرض، وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من جهة العامل، فإنه لا يجوز كما لو اشترط الكراب على رب الأرض والبذر من قبل المزارع، وإن كان البذر من جهة رب الأرض يجوز كما فى اشتراط الكراب، وكان يجعل

الجواب فيه كالجواب فى الكراب من هذا الوجه.

فأما إذا شرط فى المزارعة أن لا يبعر ولا يسرقنها أحدهما فالمزارعة جائزة على أنهما شرطا ذلك، والبذر من قبل المزارع، أو من قبل رب الأرض، وإن شرط فيها ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المزارعة لا تقتضى أن لا يسرقن الأرض؛ لأن اشتراط ما لا يقتضيه العقد فى العقد إنما يوجب فساد العقد إن كان فيه منفعة لأحدهما، فأما إذا لم يكن فيه منفعة لأحدهما، فإنه لا يوجب فساد العقد كما لو باع طعامًا بشرط أن لا يأكله، أو ثوبًا بشرط أن لا يلبسه، فإن البيع لا يفسد، وإن شرط فيها ما لا يقتضيه؛ لأنه لا منفعة فيه لأحدهما، ولا منفعة لأحدهما فى أن لا يسرقن الأرض، بل فيه مضرة.

والأصل فى هذا حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما، فإنه إذا كان أجر أرضه شرط على المستأجر أن لا يعرنها، ولا يدخلها كلبًا، ولو كان هذا الشرط مما يوجب فساد المزارعة لما شرط عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فى الإجارة.

١٨٣٨٤- سئل الإمام نجم الدين النسفى عمن دفع كرمه وأرضه معاملة ومزارعة إلى إنسان، وذلك الإنسان يلتزم إلقاء السرقين وإصلاح المسناة وحفر الأنهار وكبس الشقوق، واشتراط ذلك فى العقد يفسده، ولو سكت عنه لم يلزم ذلك العامل والمزارع، ولو واعده فله أن لا يفى بذلك، ولو أراد صاحب الملك أن يلزمه ذلك ما الوجه فيه، قال: يستأجره على ذلك كله بعد إعلامه بأجرة يسيرة غير مشروطة فى العقد، فيصح ذلك، ويلزمه ولا يفسد العقد، قيل له: فكبس الشقوق وإصلاح المسناة وحفر الأنهار عمل، فأما إلقاء السرقين فإنه يحتاج فيه إلى جميع أو قارة كثيرة من السرقين أولا، فلو اشترى منه كان شراء معدوم ليس فى ملكه، ولو أسلم فيه، فهو متفاوت؛ لأن بعضه روث وبعضه عذرة، وبعضه تراب ونحوه، فلا يكون مضبوط الوصف، فلا يصح السلم ولا الشراء.

ولو استأجره على النقل إلى ملكه، فالمنقول معدوم، والمكان المنقول عنه غير معلوم، فما وجه الصحة، قال: المشروط النقل عن البلدة ونواحيها، وتفاوت ذلك قليل لا يؤدى إلى التنازع، والمجموع قبل الجمع غير متقوم، وبالجمع متقوم على ملك المستأجر بأمره، والمعقود عليه هو العمل وهو المعقود، فكانت إجارة صحيحة، وإن

سمّى فيه العين، وكان المعتبر هو العمل كاستئجار السقاة بحمل كذا قربة إليه من الماء، فإنه يصح ذلك، وكانت الأجرة بمقابلة العمل والمياه، وإن كانت أعيانًا لم يتناولها العقد، ولم يكن شراءها، وترك إعلام مكان النقل عنه لم يضر حتى جاز، وإن لم يبيّن أنه ينتقل هذا المياه من حوض كذا، وله أن ينقل من أى موضع شاء، ولم يوجب ذلك جهالة المعقود عليه لما ذكرنا أن هذا تفاوت لا يؤدى إلى التنازع، وكذا إذا استأجره ليحتطب له كذا وقرًا، ويحتش له، كذا وقرًا، فهو جائز على هذا، فكذا هذا.

وأما إذا شرط فى المزارعة الدولاب والدالية على أحدهما: فالجواب فيه كالجواب فى اشتراط البقر على أحدهما؛ لأن الدالية والدولاب آلة السقى، والسقى على المزارع، وكان بمنزلة اشتراط البقر الذى هو آلة الزراعة، ثم اشتراط البقر على المزارع جائز من أيهما كان البذر، فإذا شرط البقر على رب الأرض فالمزارعة فاسدة إن كان البذر من قبل المزارع، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جازت المزارع على ما قلنا، فكذا هذا.

١٨٣٨٥- وكذلك إذا شرط الدابة التى يستسقى بها على أحدهما، إن شرط الدابة مع العلف على المزارع جازت المزارعة من أيهما كان البذر كما فى اشتراط البقر، وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من قبل المزارع، فالمزارعة فاسدة، وإن كان من قبل رب الأإض جازت كما فى اشتراط البقر.

فأما إذا شرط الدابة على أحدهما، والعلف على غير صاحب الدابة أوجب ذلك فساد المزارعة شرط على المزارع، أو على رب الأرض كان البذر من المزارع أم من قبل رب الأرض لوجهين: أحدهما: أنه شرط فى المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة، فإن المزارعة تقتضى أن يكون علف الدواب على صاحبها، فإذا شرط على غير صاحب الدابة فهذا شرط لا تقتضيه المزارعة، ولأحدهما فى ذلك منفعة، فأوجب فساد المزارعة.

والثانى: أن البذر إن كان من قبل العامل صار العامل مستأجرًا للأرض ومشتريًا للعلف ببعض الخارج، وشرى العلف ببعض الخارج لا يجوز، وإن كان البذر من قبل رب الأرض صار رب الأرض مستأجرًا العامل ببعض الخارج وبالعلف، ولو استأجره

ببعض الخارج وبدراهم لم يجز، فكذا إذا استأجره ببعض الخارج وبالعلف.

نوع آخر منه:

١٨٣٨٦- إذا شرط رب الأرض على المزارع أن يكرب الأرض ويثنيها، فالمزارعة فاسدة.

واختلف المشايخ فى تفسير التثنية، قال بعضهم: أراد أن يجعل الأرض جداول ومسناة وبستان، فيزرع الجداول، ويترك البستان كما لا يفعل ذلك فى الأرض المبطحة يزرع على طرق الجداول، ويترك البستان حتى يزرع بعد ذلك رب الأرض خاصة، أو يزرع البستان ويترك الجداول، وإذا كان تفسير التثنية هذا أوجب اشتراط فساد المزارعة إذا كانت مدة المزارعة سنة؛ لأنه شرط على المزارع عملا تبقى منفعته بعد مدة المزارعة خاصًا لرب الأرض، واشتراط مثل هذا الشرط يفسد المزارعة.

١٨٣٨٧- وإذا كانت مدة الزراعة سنين حتى يزرع المزارع فى السنة الأخرى الجداول والبستان كان ذلك جائزًا؛ لأن منفعة ذلك عائدة إليهما لا إلى رب الأرض خاصة، وعمل المزارعة ما يعود منفعته إليهما لا إلى أحدهما خاصة، وهذا التفسير صحيح؛ لأنه أضاف فعل التثنية إلى الأرض لا إلى الكراب نفسه، فإنه قال: يثنيها، ولو كان التثنية صفة الكراب لكان يقول: ويثنيه، وقال بعضهم: تفسير التثنية أن يكربها مرة ويزرع، ثم بعد انقضاء مدة الزراعة يكربها مرة أخرى، ويردها مكروبة على رب الأرض، ومتى كان المراد من التثنية هذا أوجب فساد المزارعة سواء كانت مدة الزراعة سنة أو سنتين؛ لأنه شرطه على المزارع بعد انقضاء مدة المزارعة عملا لرب الأرض، ولكن قالوا: هذا التفسير مما لا يكاد يقوى؛ لأن محمدًا رحمه الله قال فى الكتاب: المزارعة فاسدة، وعلل لذلك فقال: أن منفعتها تبقى فى الأرض بعد مضى السنة.

ولو كان المراد من التثنية هذا كان هذا ابتداء منفعة تحصل لرب الأرض بعد انقضاء مدة الزراعة، ولم يكن بقاء منفعة.

وقال بعضهم: التثنية هو أن يكرب الأرض قبل الزراعة مرة بعد مرة حتى يقوى الأرض، ويذهب ما فيها من الحشيش والنبات التى يفسد الأرض، فإن كان التفسير

هذا، فالمزارعة فاسدة إذا كانت مدة الزارعة سنة، وإن كانت سنتين لا تفسد؛ لأن منفعتها تبقى بعد مضى السنة، ولا تبقى بعد سنتين، قالوا: وهذا فى بلادهم، فأما فى بلاد الحضرة فإنه تجوز المزارعة؛ لأن منفعة التثنية فى بلاد الحضرة مما لا يبقى بعد انقضاء مدة المزارعة -والله أعلم- .

نوع آخر:

١٨٣٨٨- لو شرط عليه رب الأرض أنه أن زرعها بغير كراب، فللمزارع الربع، وإن زرعها بكراب، فللمزارع الثلث، فالمزارعة جائزة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، وتتم شركة، والإجارة المحضة إذا عقدت على عملين مختلفين ببدلين معلومين، ولم يجعل أحدهما شرطا فى الآخر، وخير العامل فى ذلك كان جائزًا عندهم جميعًا كما لو دفع ثوبًا إلى خياط، وقال: إن خطته روسية، فلك درهم، وإن خطته فارسية، فلك نصف درهم، فلأن تجوز المزارعة على هذا الوجه، والمزارعة تتم شركة، والشركات تحتمل ما لا تحتمل المعاوضات أولى.

ثم ذكر فى الأصل فى رواية أبى سليمان زيادة لم يذكره فى رواية أبى حفص، وتلك الزيادة أن رب الأرض لو قال للمزارع: وإن زرعت وثنيت فلك النصف، وذكر أنه متى ثنى وزرع كان الخارج بينهما نصفين على ما شرطا، طعن عيسى ابن أبان رحمه الله، و قال: ما ذكر أنه متى ثنى وزرع كان الخارج بينهما نصفين على ما شرطا لا يكاد يصح؛ لأنه خيّره بين عقود ثلاثة، فمتى مال إلى أحدهما يجعل كأن العقد من الابتداء ما عقد إلا على الذى اختاره، ولو عقد العقد من الابتداء على الكراب والتثنية كانت المزارعة فاسدة، وإلى هذا مال الفقيه أبو القسم الصفار البلخى، وكان الفقيه أبو بكر البلخى يقول: ما ذكر محمد فى رواية أبى سليمان صحيح، وكأنه فرق بيّن ما إذا عقدت المزارعة على التثنية وحده، وبينما إذا كان مع التثنية غيرها متى كان مع التثنية مزارعة أخرى جوّز المزارعة بشرط التثنية، وإذا كانت المزارعة وحدها بشرط التثنية لم يجز.

وجه الفرق بينهما أنه متى كانت المزارعة مقصودة على التثنية وحدها، فالتثنية فى المزارعة مذكورة لفظًا وحكمًا ومعنًى لفظًا، فلا إشكال، وحكمًا ومعنًى؛ لأنه يجبر

المزارع على الوفاء بهذا الشرط متى صحت المزارعة بهذا الشرط، وإذا كان شرط التثنية مذكوراً لفظًا ومعنًى لا يمكننا أن نجعله غير مذكور، فاعتبر مذكوراً من كل وجه، وإنه شرط يوجب فساد المزارعة، فأما إذا كان مع المزارعة على التثنية مزارعة أخرى جائزة، فالتثنية إن كانت مذكورة لفظًا، فهى غير مذكورة معنًى وحكمًا؛ لأنه لا يلزمه التثنية متى كان مع التثنية عقد آخر، فإن للمزارع أن يختار الأخرى متى كان مشروطًا فى العقد، والشرط إنما يوجب فساد العقد إذا كان لازمًا يجب الوفاء به، فأما إذا لم يكن لازمًا، فإنه لا يوجب فساد العقد، ألا ترى أنه ذكر فى آخر هذا الكتاب أنه متى شرط فى المزارعة على أحدهما أن لا يبيع الخارج، فالمزارعة لاتفسد؛ لأن ما شرط غير لازم، وإذا كان هذا الشرط مذكوراً لفظًا غير مذكور معنًى وفّر محمد على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، فقال: من حيث إنه غير مذكور معنًى لا يوجب فساد المزارعة، ويجعل كأنه كرب وثنى من غير شرط، فتكون المزارعة جائزة، ومن حيث إنه مذكور لفظًا إذا ثنى استحق ما شرط بإزاءه من نصف الخارج عملا بالشبهين بعذر الإمكان، وسيأتى بعد هذا من هذا النوع من المسائل -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر:

١٨٣٨٩- إذا دفع الرجل أرضًا وبذرًا إلى رجل ليزرعها، وشرطا الشركة فى الأصل والفرع يعنى فى التبن والحب، فالمزارعة جائزة، وهذا ظاهر، وكذلك إذا شرطا أن يكون الخارج أو الزرع أو الريع بينهما؛ لأن هذا يؤدى إلى معنى الأول، وإن شرطا التبن لأحدهما، والحب للآخر لا يجوز؛ لأنه لا شركة فى الأصل، ولا فى الفرع، وكذلك لو شرطا أن يكون الحبّ لأحدهما بعينه والتبن بينهما؛ لأن المقصود هو الحب، وهذا شرط يؤدى إلى قطع الشركة فيما يرجع إلى المقصود.

وإن شرطا الحب بينهما والتبن لأحدهما بعينه، فإن شرطا التبن لصاحب البذر جاز، ولو شرطاه للآخر فسد.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز أصلا؛ لأن هذا شرط يؤدى إلى قطع الشركة عسى بأن لا يخرج الحب، وجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المعاملة، وإنها

شركة فى الفرع وهو الثمر دون الأصل وهو الغرس، فأمكن القول: بجواز مثلها من المزارعة، أما إذا شرط التبن لمن لا بذر له، فليس له نظير فى المعاملة، فبقى على أصل القياس، وإن شرطا الحب بينهما، وسكتا عن التبن يجوز فى ظاهر الرواية، والتبن لصاحب البذر.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز، وذكر الطحاوى رجوع محمد إلى قول إبى يوسف، وجه ظاهر الرواية ما مرّ أن استحقاق من لا بذر منه بحكم الشرط، فإذا لم يوجد الشرط فى التبن بقى لصاحب البذر، وكأنهما شرطا أن يكون الحب بينهما، والتبن لصاحب البذر، وذلك جائز على ما مر.

وعن بعض مشايخ بلخ: أن فى هذا الصورة التبن كالحب باعتبار العرف، فإن عرفهم أن التبن والحب يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب، وإن شرطا أن يكون التبن بينهما، وسكتا عن الحب لا يجوز؛ لأن المقصود[1] وهو الحب، فالسكوت عنه بمنزلة السكوت عنهما.

١٨٣٩٠- وإذا شرط على المزارع أن يزرع العصفر، وشرطا الشركة فى العصفر والقرطم والساق جاز، وإن شرطا العصفر والقرطم بينهما والساق لأحدهما، إن شرطا الساق لمن له البذر جاز، وإن شرطا الساق لمن لا بذر له من جهته لا يجوز، وإن شرطا العصفر والقرطم لأحدهما، والساق للآخر لا يجوز، وإن شرطا العصفر لأحدهما والقرطم للآخر لا يجوز؛ لأن العصفر والقرطم ثمرتان ليس أحدهما بأصل للآخر، بل الأصل لهما الساق، فقد شرط نوع ثمره لأحدهما، وإنه يوجب فساد المزارعة، وكذلك الجواب فيما إذا دفع إليه الأرض ليزرعها القت، وشرط القت لأحدهما، والبذر للآخر لا يجوز؛ لأن القت مع البذر ثمرتان كالقرطم مع العصفر -والله أعلم-.

نوع آخر

يرجع إلى الشرط وإبطالهما الشرط:

١٨٣٩١- هذا النوع يبتنى على أصل أن صاحب الأرض مع المزارع إذا شرطا فى

(١) وفى الأصل: "المعقود".

عقد المزارعة شرطًا فاسدًا ينظر إليه إن كان شرطًا لا فائدة فيه لأحد المتعاقدين بأن شرطا أن لا يبيع أحدهما حصته من الخارج أو لا يأكل، فالمزارعة جائزة؛ لأن ما لا يفيد من الشروط ذكره وعدمه بمنزلة، وكان بمنزلة ما لو باع طعامًا بشرط أن لا يأكله المشترى، وإن كان فى الشرط فائدة لأحدهما، فهو على وجهين: إن كان الشرط داخلا فى صلب العقد بأن كان له حظ من البدل، فإن البدل من صلب العقد فى المعاوضات لا يجوز العقد بدونه، فإن المزارعة تفسد بهذا الشرط، ولا يعود جائزًا، وإن أبطل من له الشرط الشرط بأن شرطا فى المزارعة عشرين درهمًا لأحدهما مع نصف الخارج، ثم أبطل من شرط له الدراهم الدراهم قبل العمل، أو شرطا الحصاد والدباس على أحدهما، حتى فسد العقد على جواب الكتاب، ثم أبطل من له الشرط هذا الشرط؛ لأن لهذا الشرط حظًا من البدل، فمتى أبطل من له الحق الزيادة فلا بد وأن يطرح عن الآخر ما بإزاءه من العمل، فما بقى وراء المحطوط على المزارع يبقى مجهولا، وإنه كافٍ فى فساد العقد، وكان بمنزلة ما لو باع عبدًا بألف درهم ورطل من خمر، ثم إن البائع أبطل الخمر لا يعود البيع جائزًا، كذا ههنا.

وإن كان الشرط مستعارًا فى العقد، ولم يكن من صلب العقد، بأن لم يكن له حظ من البدل بأن شرطا فى المزارعة خيارًا مجهولا وأجلا مجهولا لأحدهما، فأسقط من له الشرط قبل تقرر المفسد، فإن المزارعة تنقلب جائزة فى قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وإن كان هذا الشرط مشروطًا لهما لا يعود جائزًا ما لم يجتمعا على الإبطال، أما بإبطال لأحدهما لا يعود جائزًا؛ لأنه يبقى مشروطًا للآخر، وإنه كافٍ لفساد العقد.

وإن شرطا على أحدهما أن يبيع نصيبه من صاحبه، فالمزارعة فاسدة؛ لأنه شرط لايقتضيه المزارعة، وفيه منفعة لهما، فإن أبطله البائع أو المشترى لا يعود جائزًا؛ لأن فى هذا الشرط منفعة للبائع والمشترى، وكان بمنزلة ما لو شرطا فى المزارعة خيارًا مجهولا لهما، فأبطل أحدهما الخيار، فالعقد لا يعود جائزًا، ولو أبطلاه جميعًا عادت المزارعة إلى الجواز؛ لأن هذا الشرط لاحظ له من البدل، فيكون شرطًا مستعارًا فى العقد إلا أن منفعة هذا الشرط عائدة إليهما، فإذا أبطلا ذلك انقلب العقد جائزًا.

ولو شرط أحدهما على صاحبه أن يهب نصيبه من الخارج كانت المزارعة فاسدة،

فإن أبطل الموهوب له الشرط قبل العمل جازت المزارعة؛ لأن المنفعة فى هذا الشرط للموهوب له، وإنه ليس من صلب العقد، فبطل بإبطال الموهوب له، ويعود العقد إلى الجواز.

وبعض مشايخنا ما قالوا: يجب أن لا تعود المزارعة جائزة بإبطال الموهوب له وحده؛ لأن فى هذا الشرط منفعة للموهوب له وهو المال، وللواهب وهو الثناء والتودد والتحبب وطلب العوض، فكان كالبيع، ولكن ما ذكر فى الكتاب أصح؛ لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضًا عن المال من حيث الحكم، ولهذا بقى تبرعًا حتى لم تجز هبة الصبى المأذون، وإذا لم تصلح عوضًا كان هذا إزالة الملك بغير عوض، فتكون المنفعة للموهوب له لا للواهب بخلاف البيع؛ لأنه تمليك مال بمال، فتكون المنفعة فيه للبائع والمشترى.

نوع آخر

فى المزارعة التى يشترط فيها بعض العمل:

١٨٣٩٢- وإذا دفع الرجل أرضه إلى غيره مزارعة بالنصف، وشرط بعض العمل على المزارع أو على نفسه، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وإنه على ثلاثة أوجه: إما أن يكون شرط بعض أعمال المزارعة على المزارع، وسكت عن الباقى، أو شرط بعض أعمال المزارعة على نفسه وسكت عن الباقى، أو شرط بعض أعمال المزارعة على نفسه، وشرط البعض على المزارع.

فإن شرط بعض أعمال المزارعة على المزارع، وسكت عن ذكر الباقى بأن شرط عليه أن يكربها، ويزرعها وسكت عن ذكر السقى فهذا على ستة أوجه: فإن كان الأرض بحيث لا تخرج شيئًا بدون السقى، أو تخرج شيئًا، ولكن لا يرغب فيه من مثل هذه الأرض، وفى هذين الوجهين المزارعة فاسدة؛ لأن رب الأرض استأجر العامل بأجر يتعين فى الإجارة؛ لأنه استأجر ببعض ما يخرج من هذا الأرض، وإنه مما يتعين فى الإجارة حتى لو أراد المستأجر أن يعطيه من غيره ليس له ذلك، والمستأجر غير قادر على تسليمه إذا كانت الأرض لا تخرج شيئًا بدون السقى، ومثل هذا الإجارة لا تجوز كما لو

استأجر غيره لعمل من الأعمال بعبد أبق أو بطير يطير فى الهواء .

وكذلك إذا كانت هذا الأراضى تخرج شيئًا بدون السقى إلا أنها لا تخرج شيئًا مرغوبًا فيه ؛ لأن ما لا يرغب فيه عادة وجوده والعدم بمنزلة .

١٨٣٩٣- وكذلك إذا كانت هذه الأراضى تخرج شيئًا مرغوبًا فيه بدون السقى إلا أنه ييبس بدون السقى كانت المزارعة فاسدة، وإن كانت الأرض بحيث تخرج شيئًا مرغوبًا فيه من مثلها، ولاييبس بدون السقى بأن كان الأرض فى بلده كثير المطر، فالمزارعة جائزة؛ لأنه جعل أجرة العمل ما يقدر على تسليمه، وكذلك إذا كان السقى يؤثر فى زيادة الجودة فى الخارج كانت المزارعة جائزة؛ لأنه لم يشترط للعامل تسليم أجود الجيد، إنما شرط له تسليم الجيد، وذلك حاصل بدون السقى .

وكذلك إذا كان لا يدرى أن السقى، هل يؤثر فى جودة الخارج بأن كان لا يدرى أن المطر يقل أو يكثر؛ لأنه لو كان يدرى أن السقى يزيد فى جودته لا تفسد المزارعة، فههنا أولى .

الوجه الثانى : إذا شرط رب الأرض بعض الأعمال على نفسه بأن شرط على نفسه السقى وسكت عن ذكر الباقى، فهذا على الوجوه التى ذكرنا إن علم يقينًا أن السقى لا يؤثر فى الخارج، فالمزارعة جائزة، وإن شرط فيها عمل رب الأرض؛ لأن هذا شرط لا يفيد، وكل شرط لا يفيد وجوده والعدم بمنزلة، ولو عدم الشرط كانت المزارعة جائزة، فكذا إذا صار وجوده كعدمه، وفيما عدا ذلك من الوجوه المزارعة فاسدة .

وأما إذا كانت الأرض لا تخرج شيئًا بدون السقى أو تخرج شيئًا لا يرغب فى مثله من مثل ذلك الأرض أو تخرج شيئًا مرغوبًا إلا أنه ييبس بدون السقى أو يؤثر السقى فى زيادة الجودة، فلأنه شرط عمل رب الأرض فى المزارعة، وإنه شرط مفيد، فأما إذا كان لا يدرى أن السقى هل يؤثر فى زيادة الجودة، فلأن اشتراط عمل رب الأرض فى المزارعة يوجب فساد العقد ما لم يتيقن أن ما شرط عليه غير مفيد، فإن كان مشكلا بقيت العبرة للأصل، فإن شرط رب الأرض السقى على نفسه، والباقى على العامل، فهذا وما لو شرط السقى على نفسه، وسكت عن الباقى سواء؛ لأنه إذا سكت عن الباقى إن لم يشترط الباقى على العامل نصًا، فقد شرط الباقى عليه بمقتضى المزارعة، والمشروط

اقتضاء كالمشروط نصًا، فصار سواء من هذا الوجه.

الوجه الثالث: أن يكون البذر من قبل المزارع، فإن شرط رب الأرض بعض الأعمال على المزارع بأن شرط عليه أن يبذره مثلا، وسكت عن السقى، فالمزارعة جائزة وإن كان لا بد لحصول الخارج من السقى، وفيما إذا كان البذر من جهة رب الأرض تفسد المزارعة فى هذه الصورة.

والفرق أن البذر إذا كان من جهة المزارع للأرض، فهو المستأجر ببعض الخارج، فيكون هو الضامن للأجر، فيصير ما وراء التبذير من الأعمال مشروطًا على المزارع مقتضى ضمان الأجر، فاشتراط أعمال المزارعة على المزارع لا يوجب فساد المزارعة.

فأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض: فهو الضامن للأجر، فيصير ما وراء المشروط على المزارع مشروطًا على رب الأرض إذا كان لا يمكنه تسليم الأجر إلا بما وراء المشروط على المزارع من الأعمال، واشتراط عمل رب الأرض مع المزارع يوجب فساد المزارعة.

١٨٣٩٤- وإذا شرط بعض الأعمال على رب الأرض، أو شرط البعض على رب الأرض والبعض على العامل فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان البذر من جهة رب الأرض، وقد شرط رب الأرض بعض العمل على نفسه، أو شرط البعض على نفسه، والبعض على العامل.

١٨٣٩٥- وإذا دفع الرجل إلى الرجل أرضه على أن يزرعها المزارع ببذر نفسه هذه السنة ما بدا له من عمل[1] الشتاء والصيف على أن الخارج بينهما نصفان، وعلى أن الذى يلى طرح البذر فى الأرض رب الأرض، فالمزارعة فاسدة؛ لأن المزارع استأجر الأرض وربّها ببعض الخارج، وهذا لا يجوز؛ لأن هذه مزارعة شرط فيها عمل رب الأرض؛ لأن المزارع إنما يدفع البذر إليه حكمًا لعقد المزارعة التى جرت بينهما، واشتراط عمل رب الأرض فى المزارعة يوجب فساد المزارعة بخلاف ما إذا كان البذر من جهة رب الأرض؛ لأن المزارعة إنما تنعقد بعد إلقاء البذر، ألا ترى أن من قبل إلقاء البذر لا مزارعة بينهما، ولأنه استأجر العامل ببعض الخارج لبعض أعمال المزارعة وهو ما

(١) وفى الأصل: "علة".

وراء التبذير من الأعمال، وإنه جائز -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٨٣٩٦- إذا دفع الرجل أرضًا وبذرًا إلى رجل مزارعة، وقال له: ما زرعتها بكراب فبكذا، وبغير كراب فبكذا، وبكراب وبثنيات فبكذا، فالمزارعة جائزة؛ لأنه خيّره بين عقود ثلاثة بأبدال مختلفة معلومة، وأضاف كل عقد إلى جميع الأرض حيث قال: ما زرعتها، وصار تقدير هذه المزارعة إن زرعت جميع هذا الأرض بكراب فلك كذا، وإن زرعت جميعها بغير كراب فلك كذا، وإن زرعت بعضها بكراب، وبعضها بثنيات فلك كذا، والإجارة المحضة على هذا الوجه جائزة، فالمزارعة أولى.

وكذلك إذا قال: ما زرعت فيها بكراب فلك كذا، وما زرعت فيها بغير كراب فلك كذا، فالمزارعة جائزة؛ ولأن كل عقد أضيف إلى جميع الأرض من حيث قال: فيها، وكذلك إذا قال: ما زرعت فيها بكراب، فبكذا، وما زرعت منها بغير كراب فبكذا، فالمزارعة جائزة، وأي عمل اختاره المزارع كان له ما شرط بإزاءه.

قالوا: ما ذكر من الجواب في المسألة الثالثة خطأ لا وجه لتصحيحه، ويجب أن تكون المزارعة فاسدة متى ذكر بكلمة "من"؛ لأن كلمة من للتبعيض، فقد شرط عليه أن يزرع البعض بكراب والبعض بغير كراب، فلا يكون له أن يزرع الكل بغير كراب، ولا أن يزرع الكل بكراب، وإنما يكون له أن يزرع البعض بكراب، والبعض بغير بكراب، وذلك البعض مجهول لا يدرى، فأوجب ذلك فساد المزارعة.

والدليل على صحة ما قلنا: مسائل ذكرها محمد رحمه الله في "الأصل".

فمن جملتها إذا قال للدافع: ما زرعت منها حنطة فلك كذا، وما زرعت منها شعيرًا فلك كذا، وما زرعت منها سمسمًا، فلك كذا، فالمزارعة في هذه الصورة فاسدة؛ لأن المشروط أن يزرع البعض حنطة والبعض شعيرًا، وذلك مجهول لا يُدرى.

ومن جملة ذلك إذا قال الدافع: ما زرعت منها في جمادى الأولى فلك كذا، وما زرعت منها في جمادى الأخرى فلك كذا، كانت هذه المزارعة فاسدة؛ لأن المشروط أن

يعجل الزرع فى البعض ويؤخر فى البعض، وذلك مجهول.

ومن جملة ذلك إذا قال له: ما زرعت منها بماء السماء فلك كذا، وما زرعت منها بغرب، أو دالية فلك كذا، فالمزارعة فاسدة، وطريقه ما قلنا.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يقول: ما ذكر من الجواب فى مثل الكراب قولهما، وما ذكر فى هذه المسائل، فهو قول أبى حنيفة رحمه الله: لو كان يرى جواز المزارعة؛ لأن كلمة من عند أبى حنيفة رحمه الله للتبعيض، وعندهما صلته، فصار حاصل الجواب على قولهما: الجواز فى هذه المسائل كما فى مسألة الكراب، وجعل كلمة من للصلة عندهما فى المسائل كلها.

وغيره من المشايخ قالوا: بأن ما ذكر فى هذه المسائل قولهما، وما ذكر فى مسألة الكراب قولهما أيضًا، وهذا القائل يجعل كلمة "من" للتبعيض فى المسائل كلها؛ لأن هذه الكلمة حقيقتها للتبعيض لغة، وإنما تذكر للصلة مجازًا، والكلام بحقيقته، وعلى هذا التقدير تتمكن الجهالة إلا أن هذه الجهالة فى مسألة الكراب لا توجب فساد المزارعة؛ لأن الجهالة تزول وقت تأكد المزارعة؛ لأن تأكد المزارعة بإلقاء البذر.

فإن قيل: إلقاء البذر لصاحب البذر حق الفسخ وبعده لا، والكرب مما يقدم على إلقاء البذر حتى يتقوى الأرض، ثم يلقى البذر، فحال إلقاء البذر يعلم ما كرب مما لم يكرب، وإذا كانت الجهالة زائلة وقت تأكد المزارعة كانت بمنزلة ما لو كانت زائلة وقت العقد، فهو نظير ما لو باع شيئًا برقمه، وعلم الرقم فى مجلس العقد، فإنه يجوز العقد، وجعل زوالا لجهالة فى مجلس العقد كزوالها وقت العقد.

أما فى مسألة الحنطة والشعير الجهالة قائمة وقت تأكد العقد؛ لأنه إنما يعلم البعض المزروعة حنطة من البعض المزروعة شعيرًا بإلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الذى هو حال تأكد العقد تكون الجهالة قائمة.

وكذلك فى مسألة جمادى الأولى الجهالة قائمة وقت تأكد العقد؛ لأنه إنما يعلم البعض الذى يزرع فى أحد الوقتين بإلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الذى هو حال تأكد العقد تكون الجهالة قائمة، وفى مسألة السقى كذلك؛ لأنه أراد بذلك السقى المعتاد بينهم، والسقى المعتاد بينهم السقى بعد إلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الجهالة تكون

قائمة، ولو كان المراد من هذا السقى السقى قبل الزراعة كانت المزارعة جائزة كما فى مسألة الكراب، إذ الجهالة تكون زائلة وقت تأكد العقد، وأما إذا نص على البعض، فقال: على أن ما زرعت بعضها منها بكراب فلك كذا، وما زرعت بعضًا منها بغير كراب فلك كذا، هل يفسد العقد؟ لم يذكر محمد رحمه الله فى الكتاب، وعلى قياس ما قاله الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يجب أن تكون المزارعة فاسدة بخلاف ما لو ذكر كلمة "من"؛ لأن هناك أمكن حمل العقد على الصحة بأن يجعل كلمة "من" صلة، ويكون الداخل تحت كل عقد جميع الأرض، فأما إذا نص على البعض لا يمكن أن يجعل الداخل تحت كل عقد جميع الأرض، بل يكون الداخل بعضها، وإنه مجهول.

١٨٣٩٧- وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل على أن يزرعها ببذره على أنه إن زرعها حنطة، فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيرًا، فالخارج كله للمزارع، فهذا جائز؛ لأنه خيره بين المزارعة والإعارة، ومثل هذا جائز فى الإجارة المحضة بأن يقول الرجل لغيره: إن سكنت هذه الدار شهرًا، فعليك عشرة، وإن سكنت هذه الدار الأخرى، فلا شيء عليك، فههنا أولى، فإن زرعها حنطة، فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيرًا، فالخارج للمزارع[1].

ولو دفعها إليه على أنه إن زرعها حنطة، فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيرًا، فالخارج كله لصاحب الأرض، فهذا جائز فى الحنطة؛ لأنه خيّره بين المزارعة الجائزة وبين الفاسدة، وعطف الفاسدة على الصيحة، ولم يشترطها فى الصحيحة، ومثل هذا فى الإجارة المحضة لاتوجب فساد الجائزة بأن قال لخياط: إن خطت هذا الثوب رومية فلك درهم، وإن خطته فارسية فلك رطل من خمر، فإن زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيرًا، فالخارج كله للمزارع، وعلى المزارع أجر مثل الأرض لصاحب الأرض.

١٨٣٩٨- وإذا دفع الرجل أرضًا وكر حنطة وكر شعير على أنه إن زرع الحنطة، فالخارج بينهما نصفان، والشعير مردود على صاحبه، وإن زرع الشعير، فالخارج

(١) وفى ظ: "للزارع".

لصاحب الأرض، والحنطة مردودة عليها، فهذا جائز؛ لأنه خيّره بين المزارعة والاستعانة، وهذا جائز فى الإجارة المحضة بأن قال للخياط: إن خطته رومية فلك عشرة، وإن خطته فارسية، فلا أجر لك، فههنا أولى.

وكذلك لو قال: على أنك إن زرعت الحنطة فالخارج بيننا، وإن زرعت الشعير، فالخارج كله لك، فهذا جائز؛ لأنه خيّره بين المزارعة وبين إعارة الأرض وإقراض البذر، وهذا جائز فى الإجارة المحضة.

١٨٣٩٩- وإذا دفع إلى رجل أرضًا ليزرعها ببذره على أنه إن زرعها حنطة، فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيرًا، فالخارج كله للعامل، وإن زرعها سمسمًا، فالخارج كله لصاحب الأرض، فهذا جائز فى الحنطة والشعير، فاسد فى السمسم، ولو كان البذر من جهة صاحب الأرض والمسألة بحالها، فهذا جائز كله؛ لأنه خيّره بين الاستعانة وبين إعارة الأرض وإقراض البذر، ومثل هذا جائز فى الإجارة المحضة.

نوع آخر:

١٨٤٠٠- وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة إلى رجل على أن يستأجر المزارع فيها أجيرًا بمال نفسه كانت المزارعة جائزة؛ لأنه شرط ما تقتضيه المزارعة من غير شرط؛ لأنه شرط بدل العمل على المزارع، واشتراط بدل العمل كاشتراط عمل المزارع اشتراط ما تقتضيه المزارعة، وإن شرط استئجار الأجراء[1] من مال رب الأرض كانت المزاعة فاسدة، وكذلك إذا شرط استئجار الأجراء من مال المزارع على أن يرجع المزارع بذلك فى مال رب الأرض كانت المزارعة فاسدة، وفرق بيّن هذا وبينما إذا دفع أرضًا إلى رجل مزارعة والبذر من قبل رب الأرض، وشرط فى عقد المزارعة عمل عبد رب الأرض، أو شرط عليه بقره، أو أن يستأجر بقرًا من ماله حيث يجوز.

والفرق أن القياس أن لا يجوز العقد متى شرط عمل عبد رب الأرض، أو عمل بقره إذا كان البذر من جهته؛ لأنه شرط بعض العمل على رب الأرض، وذلك مفسد للعقد، وجوّزناه للتعامل، فإن دفع البقر والإعانة بعبده يتعامل فيما بين الناس فى

(١) وفى الأصل وف: "الأرض".

المزارعات، والمزارعة جوّزت للتعامل فيما كان فيه تعامل يجوز، وما لا فلا.

وأما اشتراط الأجرة على رب الأرض غير متعامل فإنه اشتراط العمل عليه فى الحاصل، فيرد إلى ما يقتضيه القياس.

الفصل الرابع
فى بيان ما يجب على المزارع من الأعمال من غير شرط وما يجب من الأعمال على رب الأرض

١٨٤٠١- يجب أن يعلم بأن كل عمل لا بد للمزارع منه لتحصيل[1] الزرع المرغوب فيه من مثل الأرض المدفوعة إليه، فإن المزارع يجبر عليه سواء كان ذلك العمل مشروطًا فى المزارعة، أو لم يكن كالسقى والتبذير، ونحو ذلك إلا إذا كان البذر من جهته، فقال: لا أزرع، فإنه يترك، أو أراد ذلك، فأما إذا لم يرد ترك المزارعة فإنه يجبر عليه وإن كان البذر من جهته، وإنما كان كذلك؛ لأن مثل هذا العمل يكون مشروطًا فى المزارعة مقتضى عقد المزارعة؛ لأن المزارعة إنما تعقد لتحصيل الزرع المرغوب فيه من مثل الأرض المدفوعة إليه، وكل عمل للمزارع منه بد فى تحصيل الزرع المرغوب فيه من مثل الأرض المدفوعة إليه مزارعة إلا أنه متى عمل، فإنه يزيد ذلك فى جودة الخارج، ينظر إن كان ذلك مشروطًا فى المزارعة يجبر المزارع عليه، وإن لم يكن ذلك مشروطًا فى المزارعة لا يجبر المزارع عليه؛ لأن مثل هذا العمل غير مشروط فى المزارعة لا نصًا، ولا مقتضى عقد المزارعة؛ لما عرف أن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم اسمًا ومعنى، ولا ينصرف إلى الجزء منه إلا بالتسمية.

١٨٤٠٢- وإذا امتنع المزارع عن الكراب والبذر من جهته، فهو على وجهين: الأول: أن يكون الكراب مشروطًا فى المزارعة، وإنه على وجهين أيضًا: إن كان الكراب لا يؤثر فى الخارج لا من حيث المقدار ولا من حيث الجودة لا يجبر المزارع عليه، وصار شرطه، ولا شرطه سواء؛ لأنه إنما يراعى من الشرط ما يفيد لا ما لا يفيد، وإن كان الكراب يؤثر فى الخارج إما من حيث المقدار أو من حيث الجودة يجبر عليه، واعتبر الشرط؛ لأن اعتباره مفيد، وإن لم يكن الكراب مشروطًا فى المزارعة، فإن كان لا بد من الكراب لتحصيل الزرع المرغوب فيه من مثل الأرض المدفوع إليه يجبر عليه، ويصير

(١) وفى ظ: "ليحصل".

الكراب مشروطًا مقتضى المزارعة، وإن كان من الكراب بد لتحصيل الزرع المرغوب فيه إلا أنه لو كرب الأرض يزيد فى جودة الخارج لا يجبر المزارع عليه، وكذلك إن زرع، ثم قال: أنا لا أسقى فيحًا وسيحًا، ويكفيه ماء السماء، فقد ذكر السقى بعد الزراعة، وهذا عرف فى بلادهم، أما فى بلادنا يُسقى قبل الزرع، وذكر الجواب فى السقى على نحو ما ذكر فى الكراب، إن كان السقى فيحًا وسيحًا مشروطًا، وإنه يؤثر فى الخارج يجبر عليه، وإن كان لا يؤثر لا يجبر عليه، وإن لم يكن السقى فيحًا أو سيحًا مشروطًا فى المزارع فهو على وجهين على ما ذكر فى الكتاب.

١٨٤٠٣- وحفر النهر الذى يستقى منه الأرض المدفوعة إليه على رب الأرض، وكذا إصلاح مسناة هذا النهر. وكذا لو كان استأجر أرضًا بدراهم أو دنانير، فذلك على رب الأرض، وسوق الماء والإجراء و"فارسيته: آب آوردن"على رب الأرض، والإدخال فى الأرض و"فارسيته: آب داشتن" على الكدبور[1]، ومن المشايخ من قال: فتح فوهة النهر الصغير من النهر الكبير على العامل إلا أن يتعذر، أو يكون فى موضع ثمه ظلمة يمنعون الماء، فحينئذٍ يكون ذلك على الدافع، والحفظ على المزارع إلى وقت الإدراك، وبعد ذلك عليهما، وإن شرط الحفظ على المزارع بعد الإدراك ينبغى أن لا تفسد المزارعة؛ لأنه متعامل، وكذلك إذا شرط مؤنة الماء على المزارع بعد الإدراك ينبغى أن لا تفسد المزارعة؛ لأنه متعامل.

١٨٤٠٤- وإذا أدرك الباذنجان أو البطيخ، فالتقاط ذلك عليهما، والحمل والبيع عليهما أيضًا، وكذلك الحصاد عليهما؛ لأنه ليس من أعمال المزارعة حتى يجب على المزارع وحده.

١٨٤٠٥- وإذا صار الزرع قصيلا، فأراد أن يقصلاه ويبيعاه قصيلا كذلك، فالقصل عليهما؛ لأن القصل ليس من أعمال المزارعة؛ لأنه مما لا ينمو ولا يزيد فى الخارج، بل يوجب نقصانًا فيه، ألا ترى أنه لو دفع القصيل إليه معاملة ليقصله فى الحال لم يصح، فكان بمنزلة الحصاد، فيكون عليهما، وبعد القسمة الحفظ على كل واحد منهما فى نصيبه؛ لأن ذلك مؤنة الملك -والله أعلم-.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: "الكربور"، وفى ف: "الكذبور"، وفى م: "الكديور".

الفصل الخامس
فى المعاملة فى النخيل والشجر

١٨٤٠٦- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا دفع الرجل نخلا أو كرمًا له معاملة بالنصف، ولم يسمّ له سنين معلومة، فالقياس أن لا يجوز، وفى الاستحسان : يجوز، وتقع المعاملة على سنة واحدة يعنى على ثمرة واحدة تخرج فى تلك السنة، وقد ذكرنا هذه فى صدر الكتاب.

١٨٤٠٧- وإذا دفع إلى رجل أصول رطبة ثابتة فى الأرض معاملة، ولم يسمّ لذلك وقتًا، فإن لم يكن لجزازه وقتًا معلومًا، فالمعاملة فاسدة، وإن كان لجزازها وقتًا معلومًا، فالعقد جائز على المرة الأولى، وهذا لأن الرطبة مما يزداد طولا بطول المدة، فمتى لم يكن وقت الجزاز معلومًا كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر؛ لأن للإدراك وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك الوقت لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها.

١٨٤٠٨- وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلا أو شجرًا أو كرمًا معاملة أشهر معلومة يعلم يقينًا أن النخيل والشجر والكرم لا يخرج ثمره فى مثل تلك المدة، فالمعاملة فاسدة؛ لأن رب النخيل جعل أجرة عمل العامل شيئًا لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم، وهذا يوجب فساد الإجارة كما لو استأجره بشىء لا يملكه، أو بعبد أبق، أو سمك لا يقدر عليه إلا بصيد.

هذا إذا كانت المدة معلومة يعلم يقينًا أن الثمرة لا تخرج فى مثل تلك المدة، فأما إذا كانت مدة قد تخرج الثمرة فى مثل تلك المدة، وقد لا تخرج فالمعاملة موقوفة، فإن أخرجت الثمرة فى المدة المضروبة صحت المعاملة؛ لأنه ظهر أنه جعل أجرة عمله ما يقدر المستأجر على تسليمه وقت وجوب التسليم فيجوز المعاملة، وإن لم يخرج ظهر أنه جعل أجرة عمله ما لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم، ففسدت المعاملة.

وهذ إذا أخرجت فى المدة المضروبة شيئًا يرغب فى مثله فى المعاملة، فأما إذا أخرجت شيئًا لا يرغب فى مثله فى المعاملة لا تجوز المعاملة؛ لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدم بمنزلة، وإن لم تخرج النخيل شيئًا فى المدة المضروبة ينظر إن أخرجت بعد مضى تلك المدة فى تلك السنة كانت المعاملة فاسدة، وإن لم تخرج فى تلك السنة أصلا لعلة حدثت بها كانت المعاملة جائزة؛ لأنها إذا أخرجت شيئًا فى تلك السنة علم يقينًا أنه ضرب من المدة ما لا يخرج الثمرة فى مثل تلك المدة، وهذا يوجب فساد المعاملة، فأما إذا حدث بها علة ولم تخرج شيئًا فى تلك السنة لا يدرى أن المدة التى شرطت فى المعاملة مدة تخرج فى مثلها الثمرة أو لا تخرج لجواز خروج الثمرة فى مثل تلك المدة، وإن لم يحدث بها تلك العلة، فيقع الشك فى فساد العقد، وقد انعقدت جائزة موقوفة إذا كان حال المدة محتملا بين أن يخرج الثمر وبين أن لا تخرج، فلا يثبت الفساد بالشك والاحتمال.

١٨٤٠٩- وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف، فهو جائز، وإن لم يسميا وقتًا، يجب أن يعلم أن المعاملة إذا عقدت على ما هو فى حد النماء والزيادة صحت، وإذا عقدت على ما تناهى عظمه، وصار بحال لا يزيد فى نفسها بسبب عمل العامل، فإن المعاملة لا تصح، وإنما كان كذلك؛ لأنها متى عقدت على ما هو فى حد النماء والزيادة كان أجر العامل بعض ما يخرج من عمله، والمعاملة ببعض ما يخرج من عمل العامل جائزة، وإذا أخرج عن حد النماء والزيادة كان أجرة عمله شيئًا موجودًا لا ما يخرج من عمله، والمعاملة جوّزت بخلاف القياس بالأثر فيما إذا كان أجر العامل بعض ما يخرج من عمله، توضيحه: أن ما يقع عليه عقد المعاملة إذا كان فى حد النماء يظهر أثر عمل العامل فيه، فجاز أن يستحق به.

وإذا خرج عن حد النماء والزيادة لا يظهر أثر عمله فيه، فلو استحق شيئًا استحق بغير عمل وإنه لا يجوز.

وإذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: ما وقع عليه عقد المعاملة فى حد النماء والزيادة ووقته معلوم؛ لأن وقت ابتداء العمل ما بعد الفراغ من العقد لحاجة الطلع إلى العمل عقيب العقد ولإدراكه وقت معلوم فجازت المعاملة.

فإن قيل : كان يجب أن لا تجوز المعاملة ؛ لأنه جعل أجرة عمله بعض ما يخرج من عمله، وشيئًا موجودًا مع ذلك، وهذا يمنع جواز المعاملة كما لو دفع نخيلا بلغت وأطمعت على أن يقوم عليه بالنصف، فيكون النخيل مع الثمر بينهما نصفين، وكما لو دفع أرضًا مزارعة بالنصف على أن يكون الخارج مع الأرض بينهما نصفان، وكما لو شرط مع بعض الخارج للعامل ثوبًا أو عشرة دراهم.

قلنا : هذا هكذا إذا كان ما شرط من الموجود يصير أجرة عمله مقصودًا بأن كان يستحقه مقصودًا لا تبعًا لما يخرج من عمله، فأما إذا كان يستحقه تبعًا لما يزداد من عمله بأن كان لا يمتاز الموجود من عمله عما يزداد من عمله، فإنه تجوز المعاملة ؛ لأنه يجوز أن يثبت الشيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا بخلاف ما أوردت من المسائل ؛ لأنه إنما يستحق الموجود مع ما يخرج من عمله مقصودًا لا تبعًا ؛ لأن كل واحد منهما مما يمتاز عن الآخر.

١٨٤١٠- وكذلك لو كان فيه بسرًا أحمر أو أخضر إلا أنه لم يتناهِ عظمه، فالمعاملة جائزة، وإن دفعه بعد ما يتناهى عظمه، وليس يزيد على ذلك شيئًا إلا أنه لم يترطب فالمعاملة فاسدة، والثمر لصاحب النخيل، وللعامل أجر مثل عمله، وكذا الثمار كلها، والمعنى ما ذكرنا.

وعلى هذا إذا دفع نخيلا معاملة على أن يكون النخيل مع الثمر بينهما نصفان، إن كان النخيل فى حد النماء والزيادة، فالمعاملة فى حق النخيل والثمار جائزة، وإن خرجت النخيل عن حد النماء والزيادة، فالمعاملة فاسدة، وإنما يعرف خروج الأشجار عن حد النماء والزيادة إذا بلغت وأثمرت ؛ لأنه ليس لازدياد النخيل غاية ينتهى إليها كما للزرع والثمر، فجعل نهاية البلوغ متى بلغ وحمل وأثمر، فقد خرج عن النمو.

وعلى هذا إذا زرع الرجل أرض نفسه ونبت الزرع إلا أنه لم يتناه، فدفع إلى غيره مزارعة حتى يرميه العامل ويسقيه جاز.

وأما إذا تناهى الزرع فدفع الأرض مع الزرع المتناهى مزارعة بالنصف ليحفظه وليحصده لا يجوز، والمعنى ما ذكرنا.

١٨٤١١- وفى "فتاوى أبى الليث" : دفع كرمًا ومعاملة، وفيه أشجار، ولا

يحتاج إلى عمل سوى الحفظ، فإن كان بحال لو لم يحفظ ذهب ثمرتها قبل الإدراك تجوز المعاملة، ويكون الحفظ ههنا بمنزلة النماء والزيادة، وإن كان بحال لا تذهب ثمرتها إلى وقت الإدراك لو لم تحفظ لا تجوز المعاملة فى تلك الأشجار، ولا نصيب للعامل من ذلك.

١٨٤١٢- فى "فتاوى الفضلى": شجر الجوز يجوز دفعها معاملة، وللعامل حصة من الجوز؛ لأنها تحتاج إلى السقى والحفظ حتى لو لم تحتج إلى أحدهما لا يجوز.

١٨٤١٣- وإذا كان النخيل بين رجلين، فدفع أحدهما إلى صاحبه معاملة على أن يقوم عليه، فيسقيه ويلحقه، فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء، فهو بينهما أثلاثًا، ثلثه للدافع، وثلثاه للعامل، فهذه المعاملة فاسدة؛ لأن الدافع استأجر العامل بثلث حصته من الخارج من النخيل ليعمل فى محل مشترك فيه، والإجارة على عمل للأجير فيه شركة لا ينعقد أصلا.

ولو كان مكان المعاملة مزارعة، بأن كانت الأرض بين رجلين دفع أحدهما إلى صاحبه ليزرعها ببذر بينهما نصفان على أن للعامل ثلثا الخارج قد ذكرنا أن على أصح الروايتين المزارعة جائزة.

والفرق أن معنى الإجارة فى المعاملة راجحة على معنى الشركة، فالتحقت المعاملة بالإجارة المحضة، وفى الإجارة المحضة الشركة فى محل العمل مانعة صحتها، فكذا فى المعاملة، فأما فى المزارعة معنى الشركة راجحة، فالتحقت المزارعة فى الشركات المحضة، والشركة فى محل العمل لا تمنع انعقاد سائر الشركات، فكذا لا تمنع انعقاد المزارعة، وإذا فسدت المعاملة كان الخارج بينهما نصفان على قدر ملكهما فى النخيل، ولا يتصدق واحد منهما بشيء لاستفادته ذلك من نخيله وأرضه، ولو كانا اشترطا أن يكون الخارج بينهما نصفان، فذلك جائز؛ لأن الدافع لم يشترط له شيئًا من نصيبه، بل استعان به.

ولو أن الشريك الذى لم يعمل أمر العامل أن يشترى ما يلقح به النخيل، فاشتراه رجع على صاحبه بنصف الثمن؛ لأنه لما أمره بشراء ما يلقح به النخيل، والنخيل مشترك بينهما، فكأنه قال له: اشتر نصف ما يلقح به النخيل لى، واشتر نصفه لنفسك، فكان

وكيلا فى شراء النصف من جهة الدافع ، فيرجع بنصف الثمن عليه لهذا ، أما إذا لم يأمره بشراء ما يلقح به النخيل ، ولكنه أمره أن يلقح النخيل ، فإنه لم يذكره محمد رحمه الله هذا الفصل فى الأصل ، قيل : ينبغى أن لا يرجع ، وهو الأشبه ؛ لأن قدر ما يلقح به النخيل لا يجرى فيه الشح بين الناس ؛ لأنه ليس له كثير قيمة ، والناس يتبرّعون بذلك ولا يعتاضون عنه ، فصار تقديره كأنه قال له : هب لى ما يلقح به النخيل ، ولقح به نخيل ، وهناك لا يرجع عليه بشىء ، فههنا كذلك .

١٨٤١٤ - وإذا دفع نخيلا معاملة إلى رجلين على أن يلقحاه بتلقيح من عندهما على أن الخارج بينهما أثلاثًا ، فهذا جائز ؛ لأن صاحب النخيل استأجر كل واحد من العاملين بثلث الخارج فى نخيل لا شركة لهما فيها .

فإن قيل : صاحب النخيل شرط ثلث الخارج لكل واحد منهما بإزاء عمله ، وبإزاء ما يلقح به لما شرط التلقيح من عندهما ، فما يخصّ ما يقع به التلقيح من الخارج يكون شراء ، فهذا شراء شرط فى المعاملة ، فيوجب فساد المعاملة .

قلنا : ما شرط للعامل من الخارج يكون كله بمقابلة عمله ليس بمقابلة ما يلقح به شىء ؛ لأن ما يلقح به النخيل تافة عادة إلا أن ما هو المقصود ، وهو الخارج لا يحصل إلا به ، فإن النخيل لا يخرج شيئًا مرغوبًا إلا به ، فيعتبر ما يلقح به آلة العمل ، والعوض يقابل العمل لا آلة العمل ، ولو شرطا أن لصاحب النخيل الثلث ، ولأحد العاملين بعينه الثلثان ، وللآخر أجر مائة على العامل الذى شرط له الثلثان ، فهذا فاسد ؛ لأنه شرط فى المعاملة لأحد العاقدين ما لا تقتضيه المعاملة ، وفيه منفعة للمشروط له ، بيانه أن قضية المعاملة أن تكون أجرة العاملين على صاحب النخيل ؛ لأن صاحب النخيل هو المستأجر لهما حيث دفع النخيل إليهما ، فإذا شرط أجر أحدهما على الآخر ، فقد شرط ما لا تقتضيه المعاملة ، وللمشروط له فيه منفعة ، فيوجب فساد العقد .

وإذا فسدت المعاملة ، كان الخارج كله لرب النخيل ، وللعامل الآخر[١] على العامل الذى شرط له الثلثان أجر مثل عمله ؛ لأن العامل الذى شرط له الثلثان صار

(١) وفى الأصل وف : "الأجر" .

مستأجراً للعامل الآخر[١] معنى حيث شرط المائة عليه إلا أنه لا يجاوز به المسمى؛ لأن الإجارة فاسدة، والمسمى معلوم المقدار، وفى مثل هذا لا يجاوز بأجر المثل المسمى، ثم يرجع العامل الذى شرط له الثلثان على رب النخيل بأجر مثل عمله، وبأجر مثل عمل الآخر بالغة ما بلغت، أما الرجوع بأجر عمله فظاهر، وأما الرجوع بأجر مثل عمل العامل الآخر بالغة بلغت ظاهر أيضًا، فإن عمل الأجر انتقل إليه.

وأما الرجوع بذلك بالغة ما بلغت مشكل؛ لأنه وجد بين العامل الذى شرط له الثلثان، وبين صاحب النخيل تسمية، وهو ثلثا الخارج، فيجب أن لا يزاد على ذلك، والجواب إن وجد تسمية الثلثين إلا أنها مجهولة فى نفسه، والمسمى إذا كان مجهول المقدار فى إجارة فاسدة، يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، عرف ذلك فى كتاب الإجارات.

ثم فرق بين المعامة وبين المزارعة إذا دفع الرجل أرضًا إلى رجل على أن يزرعها ببذره ويعمل معه فلان، فيكون الخارج بينهما أثلاثًا، ذكر أن المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع الأول والثانى، وههنا قال: المعاملة فاسدة فيما بينهم جميعًا.

حكى عن الشيخ أبى أحمد العياض: أنه كان يقول: ليس بين المسألتين فرق، بل فى المسألتين روايتان.

ومن مشايخنا من قال: بل بين المسألتين فرق من حيث الموضوع لا من حيث المعنى، إلا أنهم اختلفوا فى كيفية التفرقة بين المسألتين من حيث الموضوع، قال بعضهم: بأن موضوع مسألة المزارعة أنه قال: ويعمل معه فلان، فإنما عطف العقد الفاسد على الجائز، ولم يشترط فى الجائز، فإنه لم يذكر كلمة الشرط، وهى كلمة على، والعقد الفاسد متى عطف على الجائز لا يوجب فساد الجائز، وموضوع مسألة المعاملة أن العقد الفاسد مشروط فى المعاملة، والعقد الفاسد متى شرط فى الجائز أوجب الفساد، ومنهم من قال: إنما افترقا فى الموضوع من وجه آخر، وهو أن فى مسألة المزارعة إنما شرط للدخيل[٢] ثلث الخارج، ولو شرط أحدهما لصاحبه ثلث الخارج لا يوجب ذلك فساد

(١) وفى الأصل وف: "الأجر".

(٢) وفى الأصل وف: "للرجل".

المزارعة ، فكذا إذا شرط ثلث الخارج للدخيل[1] ، وفى مسألة المعاملة وضع المسألة أنهما شرطا للدخيل مائة درهم ، ولو شرط أحدهماالصاحبه مائة دراهم أوجب ذلك فساد المعاملة ، فكذا إذا شرط للدخيل ، ولو شرط فى باب المزارعة للدخيل مائة درهم نقول : إن المزارعة تفسد فيما بينهم جميعًا ، وفى مسألة المعاملة لو شرط للدخيل ثلث الخارج لا تفسد المعاملة إلا أن هذا لا يقوى ؛ لأن اشتراط بعض الخارج من أحدهما لصاحبه إنما لا يوجب الفساد ؛ لأنه شرط جائز ، وأما اشتراط ثلث الخارج للدخيل شرط فاسد حتى لم يستحق الدخيل ثلث الخارج ، وإنما يستحق أجر المثل على المزارع الأول ، وإذا كان شرطا فاسدًا ، فإذا شرط فى المزارعة أوجب فسادها .

ومنهم من قال : المزارعة جائزة رواية واحدة ، والمعاملة فاسدة رواية واحدة .

والفرق أن فى مسألة المعاملة صاحب النخيل مستأجرًا للعامل ، وأجر الأجير على المستأجر ، فلا يستقيم إيجاب أجر أحدهما على الآخر ، وفى مسألة المزارعة العامل مستأجر للأرض ، وللمستأجر أن يستأجر غيره ، فإيجاب البدل عليه صحيح ، لكن لما كان ذلك مشروطًا فى عقد المزارعة وذلك لإيلامه فسد العقد فى حقه خاصة .

١٨٤١٥- وإذا شرط رب النخيل بعض أعمال المعاملة على العامل ، وسكت عن الباقى ، بأن سكت عن ذكر السقى مثلا ، فإن كان المسكوت عنه شيئًا لا بد منه لتحصيل الخارج بأن كان الثمر لا يخرج أصلا بدون السقى ، أو يخرج بدون السقى شىء لا يرغب فيه من مثل هذا النخيل ، أو يخرج شىء مرغوب إلا أنه يبس بدون السقى ، وفى هذه الوجوه المعاملة فاسدة ، وأما إذا كان المسكوت عنه لا يؤثر فى الخارج أصلا ، أو يؤثر فى جودته ، ويكون ذلك معلومًا للحال ، أو كان لا يُدرى فى الحال أنه هل يؤثر فى زيادة الجودة أو لا يؤثر ؟ فالمعاملة جائزة .

وإن شرط رب النخيل السقى على نفسه ، فإن كان يعلم أن السقى لا يؤثر فى الخارج[2] ، فالمعاملة فيها جائز ، وإن شرط عمل رب النخيل ، وإن كان يعلم أن السقى لا يؤثر فى تحصيل الخارج إما أصلا أو جودة فالمعاملة فاسدة ، وإن كان لا يدرى أن السقى

(١) وفى الأصل وف : "للرجل" .

(٢) وفى الأصل : "فى تحصيل الخارج" .

هل يؤثر فى الخارج أو لا يؤثر؟ فالمعاملة فاسدة أيضًا.

وإذا شرط رب الأرض السقى على نفسه والباقى على العامل، فهذا وما لو شرط السقى على نفسه، وسكت عن الباقى سواء، وإذا شرط الحفظ على رب النخيل إن كان النخيل فى مكان لا يحتاج فيه إلى الحفظ، بأن كان فى حائط والحائط حصين، فالجواب فيه كالجواب فى اشتراط السقى على رب الأرض إذا كان السقى لا يؤثر فى الخارج أصلا.

١٨٤١٦- وإذا دفع إلى رجل نخيلا معاملة على أن الخارج بينهما نصفان، وعلى أن يستأجر العامل فلانًا يعمل معه بمائة درهم كان هذا فاسدًا بخلاف ما إذا قال: وعلى أن يستأجر العامل أجيرًا، ولم يعيّن الأجير.

والفرق وهو أن استئجار أجير بعينه ليس من قضاء المعاملة، أما استئجار أجير لا بعينه من قضايا المعاملة؛ لأن العامل لا يمكنه إقامة جميع الأعمال بنفسه، ففيما إذا شرط استئجار أجير بعينه، فقد شرط ما لا تقتضيه المعاملة، ولرب النخيل فيه نفع؛ لأن عمل الاثنين أنفع لرب النخيل، وفيما إذا شرط استئجار أجير لابعينه شرط ما تقتضيه المعاملة.

١٨٤١٧- وإذا كان النخيل بين رجلين دفعاه إلى رجل معاملة مدة معلومة على أن نصف الخارج للعامل، والنصف الآخر بين صاحبى النخيل نصفان، فهذا جائز، وإنه ظاهر، ولو شرطا أن نصف الخارج لأحد صاحبى النخيل بعينه لا ينقص منه شىء، والنصف الآخر بين صاحب النخيل الآجر والعامل نصفان أوعلى المثالثة فهذا فاسد؛ لأن ربى النخيل استأجرا العامل ليعمل لهما على أن يكون أجر العامل على أحدهما بعينه دون الآخر حيث شرطا لأحدهما بعينه جميع ما يخرجه نصيبه، وإن شرطا أن للعامل نصف الخارج ثلثاه من نصيب أحدهما بعينه، وثلثه من نصيب الآخر، والنصف الآخر بين صاحبى النخيل نصفان، فهذه المعاملة فاسدة.

١٨٤١٨- وقال: فى الأرض بين رجلين دفعاها إلى رجل مزارعة على أن يزرعها ببذرهما على أن للمزارع الثلث من الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه، وثلثاه من نصيب الآخر، والباقى بين ربى الأرض نصفان، وذكر أن المزارعة جائزة، واشتراط

المناصفة بين ربى الأرض باطلة، وإنما كان اشتراط المناصفة باطلة فى مسألة المزارعة؛ لأن الذى شرط ثلث الثلث من نصيبه شرط لنفسه زيادة شىء من نصيب صاحبه، وليس له فى نصيب صاحبه لا أرض، ولا بذر، ولا عمل، والخارج لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلث، بيان هذا الكلام أنا نجعل الخارج على ثمانية عشر سهما لحاجتنا إلى حساب له نصف، ولثلثه ثلث، أما الحاجة إلى النصف؛ لأن الخارج بين ربى الأرض نصفان لما كان البذر بينهما نصفان، أما الحاجة إلى ثلث الثلث فلأنهما شرطا للمزارع ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما وثلثاه من نصيب الآخر، وأقل حساب له نصف وثلث ثلث ثمانية عشر، فجعلنا الخارج على ثمانية عشر لكل واحد من ربى الأرض تسعة، وقد شرطا للمزارع من ذلك الثلث ستة، أربعة من نصيب من شرط عليه ثلثا الثلث ستة يبقى له خمسة، وسهمان من نصيب من شرط عليه ثلثا الثلث يبقى له سبعة، فهو معنى قولنا: إن الذى شرط ثلث الثلث من نصيبه شرط لنفسه شيئًا من نصيب صاحبه، والتقريب ما ذكرنا، ولكن المزارعة جائزة.

طعن عيسى بن أبان فى جواب المسألتين، وقال: لا فرق بينهما، فينبغى أن يحكم بفسادهما أو بجوازهما؛ لأن المفسد ليعم الفصلين، والمجوّز بجميع المسألتين؛ لما سنبين بعد هذا، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر فى المعاملة رواية فى المزارعة بالفساد، وما ذكر فى المزارعة رواية فى المعاملة بالجواز، فيصير فى المسألتين روايتان.

وجه رواية الجواز: أنه لم يجز بين المشارط والمشروط له عقد المزارعة والمعاملة؛ لأن الشرط الفاسد جرى بين ربى الأرض وبين ربى النخيل، وهو اشتراط أحدهما بعض الخارج من نصيب صاحبه لنفسه، ولم يجز بين ربى الأرض وبين ربى النخيل المزارعة، والمعاملة إنما جرى بين ربى الأرض والمزارع وبين ربى النخيل والمعامل، وهذا الشرط لم يجز بينهم، والشرط الفاسد إنما يوجب فساد العقد إذا جرى بين المتعاقدين، ، قد ذكرنا هذا فيما تقدم.

وجه رواية الفساد: أن الشارط للشرط الفاسد عاقد فى هذا العقد، والمشروط له عاقد فى هذا العقد أيضًا، وإنه شرط لا تقتضيه المزارعة والمعاملة، وللمشروط له فيه منفعة، فتوجب فساد المزارعة والمعاملة جميعًا.

ومن المشايخ من قال : بين المسألتين فرق .

والفرق أن فى مسألة المزارعة العقد إن كان واحداً من حيث الحقيقة ، فمن حيث الاعتبار هما عقدان ، عقد مزارعة فيما بين ربى الأرض والمزارع ، وعقد شركة بين ربى الأرض ، وإنما أثبتنا عقد الشركة بين ربى الأرض وإن لم يتلفظا بذلك ؛ لأن ربى الأرض لايستحقان الخارج بملك البدل ، وإنما يستحقان الخارج بعقد الشركة ، ألا ترى أن أحدهما لو زرع هذه الأرض بهذا البذر بغير إذن صاحبه كان الخارج كله للمزارع .

١٨٤١٩- وكذلك لو زرعه غاصب ، فدل أنهما لا يستحقان الخارج بملك البذر ، وإذا لم يستحقان بملك البذر الخارج ، رجعنا إلى إثبات عقد الشركة بينهما لاستحقاق الخارج ، وشرط المناصفة جرى بينهما ، فالثابت بينهما عقد الشركة ، وعقد الشركة مما لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وفى مسألة المعاملة الثابت عقد واحد حقيقة ومعنى ، وهو عقد المعاملة ؛ لأنا لانحتاج إلى إثبات عقد الشركة فيما بين ربى النخيل لاستحقاقه الخارج من النخيل ؛ لأنهما يستحقان الخارج بملك النخيل من غير عقد ، ألا ترى أنه لو لقح أحدهما النخيل من غير إذن صاحبه ، أو غاصب آخر كان الخارج بينهما ، وإذا لم يحتج إلى إثبات عقد آخر كان الثابت عقداً واحداً حقيقة ومعنى ، وهو عقد المعاملة ، وقد شرطا عقداً فاسداً ، والشارط عاقد والمشروط له عاقد ، والمعاملة تفسد بمثل هذا الشرط .

ومن المشايخ من قال : إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع مسألة المزارعة أن شرط المناصفة بين ربى الأرض كان معطوفًا على المزارعة ، وما كان مشروطًا فيها ، فإنه قال : وما بقى ، فهو بينهما نصفان ، والشرط الفاسد إذا كان معطوفًا على العقد لا يوجب فساد العقد ، وموضوع مسألة المعاملة أن شرط المناصفة كان مشروطًا فى المعاملة ، والشرط الفاسد إذا كان مشروطًا فى العقد يوجب فساد العقد حتى إن فى المعاملة لو كان معطوفًا لا يوجب فساد المعاملة ، وفى المزارعة لو كان شرط المناصفة مشروطًا فى العقد يوجب فساد المزارعة ، وإلى ما قلنا أشار محمد رحمه الله فى الكتاب حيث قال : تعليل مسألة المعاملة ؛ لأن صاحب الثلث شرط فى الإجارة لنفسه فضلا من نصيب صاحبه ، وهذا مما يفسد الإجارة -والله أعلم- .

١٨٤٢٠- وإذا دفع الرجل إلى رجل نخيلا معاملة على أن يعمل ، فيكون النخيل

والخارج بينهما نصفان كانت المعاملة فاسدة، المراد من هذه المسألة إذا بلغت الأشجار وأثمرت وخرجت عن حد الصغر، فقد ذكرنا قبل هذا أن الأشجار ما دامت تنمو، فالمعاملة بينهما جائزة، فرق بين هذا، وبينما إذا دفع الرجل إلى غيره أرضًا فيها زرع قد صار بقلا على أن يقوم عليه، ويسقيه حتى يستحصد، فما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بيننا نصفان كان ذلك جائزًا، وفي الموضعين وجد الاشتراك في الأصل والفرع جميعًا.

ووجه الفرق أن البقل مما يتغير بعمل العامل، ويصير شيئًا آخر بعمله، فيشبه من هذا الوجه البذر.

ولو دفع بذرًا أو أرضًا إلى رجل مزارعة على أن يكون الخارج بينهما نصفان يجوز، كذا ههنا، فأما النخيل لا يتغير بعمل العامل ولا يصير شيئًا آخر، وكان بمنزلة الأرض في المزارعة، ولو شرطا في المزارعة أن تكون الأرض بينهما نصفان لا يجوز، كذا ههنا.

١٨٤٢١- وإذا دفع الرجل إلى آخر أرضًا بيضاء ليغرس فيها أغراسًا على أن الأغراس والثمار بينهما، فهو جائز؛ لأنهما شرطا الشركة في جميع ما يخرج بعمل العامل؛ لأن نبات الغرس يضاف إلى عمل العامل، ألا ترى أنه لو كان غاصبًا كان الغرس له، وهذا جائز في المزارعة، فكذا في المعاملة استدلالا بها، وإن شرطا أن يكون الأغراس لأحدهما، والثمار للآخر، لايجوز؛ لأن هذا الشرط قاطع للشركة عسى، فإنه ربما لا يثمر النخيل في تلك المدة، فصاحب الفرع لا يصيبه شيء، ولأن المعاملة جوّزت بخلاف القياس بالأثر والتعامل، ولا أثر في هذه الصورة ولا تعامل، فرد إلى أصل القياس.

وإن شرطا أن يكون الأغراس بينهما، والثمر خاصةً لأحدهما بعينه، فهذا فاسد للوجهين الذين ذكرناهما، وإن شرطا أن يكون الثمر بينهما نصفان، والأغراس خاصة لأحدهما بعينه، فإن شرطا الأغراس لصاحب الأغراس فذلك جائز، وإن شرطا الأغراس لمن لم تكن الأغراس من جهته، فذلك فاسد، والقياس أن لا تجوز في الوجهين جميعًا، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله في "النوادر"؛ لأن الفرع إنما

يملك بملك الأصل، فإذا كان الأصل لأحدهما خاصة يجب أن يكون الفرع كله له، لكن عرفنا ذلك بالأثر وتعامل الناس، فإن رسول الله ﷺ دفع نخيل خيبر معاملة بالنصف[1]، وكانت الشركة فى الفرع لا فى الأصل.

وإن شرطا أن يكون الثمار بينهما، وسكتا عن الأغراس، فالأغراس لمن كان الأغراس من جهته؛ لأن الأغراس ملك صاحبها، فالخارج منها يكون ملكًا له، وما يستحق غيره من ذلك يستحق بحكم الشرط، فما لم يشترط لغيره يبقى على ملكه، فلهذا قال: الأغراس لصاحبها.

١٨٤٢٢ - وإذا دفع الرجل إلى غيره أرضًا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا أو شجرًا أو كرمًا على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من نخل أو كرم أو ثمر فهو بينهما نصفان، وعلى أن الأرض بينهما نصفان، فهذا فاسد؛ لأن هذه معاملة شرط فيها شرى فاسد؛ لأن رب الأرض اشترى أغراسًا مجهولة ببعض الأرض على أن يدفع الأغراس إليه معاملة، بيان شراء الأغراس ببعض الأرض أن رب الأرض بذل نصف الأرض بإزاء الأغراس وبإزاء عمل العامل، فيكون بعض هذا النصف بإزاء الأغراس، فيكون شراء، فهذا هو معنى قولنا: إن هذه معاملة شرط فيها شراء فاسد؛ لأن الأغراس مجهولة.

وإذا فسدت هذه المعاملة، وقبض العامل الأرض على هذا، وغرسها نخلا أو شجرًا أو كرمًا، فأخرجت ثمرًا كثيرًا، فجميع النخل والكرم والشجر لرب الأرض؛ لأن رب الأرض اشترى الأشجار منه شراء فاسدًا، وصار قابضًا لها حكمًا لاتصاله بملكه، وعلى رب الأرض قيمة الأغراس للغارس وأجر مثل عمله؛ لأنه بعد الشراء صار دافعًا للأغراس إليه معاملة فاسدة؛ لأن المعاملة كانت مشروطة فى الشراء، فقد استوفى منفعة عمله بحكم عقد فاسد.

وكذلك لو لم يشترط له رب الأرض شيئًا من الأرض، ولكن قال له: اغرسها

---

(١) والحديث أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٢/ ٨٢١ (٢٢٠٦)، والبيهقى فى "الكبرى" ٦/ ١١٥ حديث (١١٤١٠)٦/ ٣٣٤، وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٧٨٢٤ حديث (٢٤٦٨)، والطبرانى فى "الأوسط" ٢/ ٢٠٥ حديث (١٧٤٠) وفى "الصغير" ١/ ١٣٢ حديث (١٩٧)، وأخرجه أبو عوانة فى "مسنده" ٣/ ٣١١ حديث (٥١٠٩) وابن عبد البر فى "التمهيد" ٩/ ١٤٣.

شجرًا أو نخلا أو كرمًا على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء، فهو بينهما نصفان، وعلى أن لك على مائة درهم أو كر حنطة أو نصف أرض أخرى بعينها سوى الأرض التى غرس فيها فهذا كله فاسد.

١٨٤٢٣- وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا أو شجرًا أو كرمًا، والغرس من عند رب الأرض على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بيننا نصفان، وعلى أن للعامل على رب الأرض مائة درهم أو كر حنطة وسَط، فهذا فاسد، والخارج كله لرب الأرض.

وإنما فسدت المعاملة؛ لأن جواز المعاملة عرف بالأثر وتعامل الناس، والأثر جوّزها ببعض الخارج وحده، والناس تعاملوها ببعض الخارج وحده، ففى كل موضع شرط مع بعض الخارج شيء آخر يبقى على أصل القياس، وههنا شرطا مع بعض الخارج مائة درهم للعامل على رب الأرض، ولو كان الغرس من قبل العامل، وشرط لرب الأرض مع نصف الخارج مائة درهم على العامل، وباقى المسألة بحالها، فهذه المعاملة فاسدة أيضًا؛ لأن رب الأرض صار مؤاجرًا أرضه ببعض الخارج ومائة درهم، وإجارة الأرض ببعض الخارج وبشيء آخر لا يجوز.

١٨٤٢٤- وفى "النوازل": دفع إلى آخر أرضًا ليغرس فيها الأشجار والكرم بغصان من قبله، أى من قبل المدفوع إليه، ولم يوقّتا وقتًا، فغرس المدفوع إليه، وأدرك الكرم وكبرت، واستأجر الأرض كل سنة بغلة مسمّاة، فيأخذه أى يأخذ رب الأرض من المستأجر وقت الربيع قبل النيروز أن يرفع أشجاره قال: إذا أخذه فى وقت لا ثمر فيه، فله ذلك.

قال القاضى الإمام فخر الدين: عندى إن كان ذلك قبل تمام السنة، وقد استأجر الأرض مشافهة، لا يجبر المستأجر على قلع الأشجار؛ لأنه لا ضرر على الغارس حينئذٍ فى رفع الأشجار، وفى "المنتقى": أبو يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله: فى رجل أعار رجلا أرضًا، فأمره أن يغرس فيها نخيلا، ثم إن صاحب الأرض أراد أن يأخذ الأرض منه أن عليه قيمة الأشجار.

قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف جواب الأصل.

وجه ما ذكر فى "المنتقى": أن الأشجار إنما تغرس للدوام وقد أذن له فيه، فبأخذ الأرض يصير غاراً، فلدفع الغرر أوجبنا القيمة.

وجه ما ذكر فى "الأصل": أن المستعير مغتر[1]، وليس بمغرور؛ لأنه غرس الأشجار معتمداً على إذنه مع علمه أن مبنى هذا الإذن على الجواز دون اللزوم.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ليس عليه القيمة إلا أن تكون العارية موقتة، وأراد إخراجه قبل الوقت، فحينئذٍ تلزمه القيمة، وجه ذلك أن التاقيت فى العارية لا بد له من فائدة، وذلك بأن يتعلق بها بعض أحكام العقد اللازم إن لم يتعلق بها جميعه.

وفى كتاب الشروط فى الرجل يسكن الرجل داره سنة، وأذن له أن يبنى فيها بناء، ففعل ثم أراد صاحب الدار أن يخرجه، قال: يخرجه ويضمن له قيمة البناء عند علمائنا الثلاثة إلا أن يقول المستعير: البناء أحب إلى من القيمة، فحينئذٍ له أن ينقضه، قالوا: تأويل هذا إذا كان رفع البناء لايضرّ بالأرض ضرراً فاحشاً، فيكون الخيار للمستعير، فأما إذا كان يضر فالخيار لرب الأرض؛ لأن رب الأرض صاحب الأصل، والبانى صاحب تبع، وأبدا يكون الخيار لصاحب الأصل، فإن لم يوقّت لذلك وقتاً، وأراد أن يخرجه، فله ذلك، وليس عليه قيمة البناء.

١٨٤٢٥- وفى "النوازل" أيضاً: إذا دفع إلى ابن له أرضاً ليغرس فيها أغراساً على أن الخارج بينهما نصفان، ولم يوقّت له وقتاً، فغرس فيها، ثم مات الدافع، وخلف الابن المدفوع إليه، وورثه سواه، فأراد باقى الورثة أن يكلفوا الابن المدفوع إليه قلع الأشجار كلها ليقسموا الأرض.

قال: إن كانت الأرض تحتمل القسمة قسمت بينهم، فما أصاب حصة الغارس، فذلك له مع غرسه، وما وقع فى نصيب غيره كلف قلعه، وتسوية أرضه إن لم يجر بينهم صلح، وإن كانت الأرض لا تحتمل القسمة كلف قلع الكل إلا إذا جرى بينهم صلح؛ لأن فى الوجه الأول أمكن دفع الضرر عنه بقدر بعض الأشجار، وفى الوجه الثانى تعذر دفع الضرر، فيتعين القلع.

١٨٤٢٦- إذا دفع أرضاً إلى رجل على أن يغرس فيها أغراساً على أن الخارج

(١) وفى الأل وم: "مقر"، وفى ف: "مغير".

بينهما، فانقضت المدة يخيّر رب الأرض، إن شاء غرم نصف قيمة الشجر ويملكها، وإن شاء قلعها، ولو كان مكان العامل مستأجر، فانقضت المدة، فلرب الأرض أن يطالبه بقلع الأشجار، وليس لرب الأرض أن يملك الأشجار من غير رضا المستأجر إذا لم يكن فى قلع الأشجار ضرر فاحش بالأرض، والفرق أن الأشجار تبع للأرض من وجه لقيامها بالأرض، ولهذا تدخل فى بيع الأرض من غير شرط، وهى أصل من وجه حتى جاز بيعها بدون الأرض، فلجانب الأصالة لا يتملكها رب الأرض على الغارس بالقيمة من غير رضاه، إذا لم تكن فيها شركة بمنزلة صاحب السفل؛ لأنه لا يتملك على صاحب العلو العلو بالقيمة من غير رضاه، ولجانب التبعية يتملك على الغارس نصيبه بالقيمة من غير رضاه إذا كان شريكًا فيها، وهذا لأنه إذا كان شريكًا فى الأشجار كان له منع الشريك من القلع؛ لأنه يستبقى نصيبه من الأشجار فى أرض نفسه، فلا يكون لأحد أن يبطله عليه هذا الحق بالقلع من غير رضاه، وقبل القلع لا تتحقق القسمة بينهما حتى يخلص للعامل حصته، فكان لرب الأرض تملك نصيب الغارس ضرورة؛ لأنه صاحب أصل وشريك فى البيع بخلاف ما لو لم يكن لرب الأرض شركة فى الأشجار؛ لأن المستأجر يتمكن من قلع أشجاره من غير ضرر لرب الأرض، فلا يتملكها عليه رب الأرض إلا أن يكون قلعها يضر بالأرض ضررًا شديدًا، أو يكون استهلاكًا، فحينئذٍ يكون لرب الأرض أن يغرم المستأجر قيمة أشجاره من غير القرار، ويتملكها عليه من غير رضاه، وتمامها فى باب آخر العذر فى المزارعة.

١٨٤٢٧- إذا دفع الرجل كرمه إلى غيره معاملة، وقام عليه العامل مدة ثم تركه، ثم جاء عند الإدراك يطلب الشركة، إن كان رده على صاحبه بعد ما خرجت الثمر والعنب، وصارت بحال لو قطعت كان لها قيمة لا تبطل شركته، وهو شريك على الشرط المتقدم، وإن كان رده قبل خروج الثمرة، أو بعد خروجها، ولكن فى وقت لو قطعت لم يكن لها قيمة، فلا شركة لها فيها، وإذا دفع النخيل معاملة، فأراد المعامل أن يضع الوصل على الأشجار، فأصل القضيب على الدافع، ثم العمل فى الوصل من ضرب آلة الشق حتى ينشق الشجر، فيدخل قضيب الوصل فى الشق، وما أشبه ذلك إلى أن يتم الوصل على العامل، وعلى هذا القضيب الذى يتخذ منه الغرس على صاحب الكرم والعمل ليصير غرسًا على العامل، وكذلك الدعائم على صاحب الكرم،

ونصيبه فى الكرم على العامل على هذا جرت العادة فى ديارنا، وعليه الفتوى.

١٨٤٢٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند": إن غرس أشجارًا فى أرض رب الأرض بغير إذنه، فلما كبر الأشجار اختصما فيها، كان رب الأرض مقرًا أن الحراث غرس الأشجار من ملك نفسه، فالأشجار للحراث، ولكن لا تطيب له ديانة فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان بغير أمره، وإن كان غرس بأمره من غير شرط شركة يطيب له؛ لأن رب الأرض صار معيرًا الأرض للغارس.

١٨٤٢٩- وفى "فتاوى أبى الليث": إذا غرس على حافة نهر قرية تالة فقلعت، والغارس فى عيال رجل، ومن جملة خدمه، فقال الرجل: الشجرة لى؛ لأنك كنت خادمى أو فى عيالى حين غرست، فإن كانت التالة للغارس فالشجرة له، وإن كانت التالة للرجل، فإن كان الغارس فى عياله يعمل له مثل هذا العمل، فالشجرة لصاحب التالة؛ لأن الظاهر شاهد لصاحب التالة، وإن لم يكن يعمل له مثل ذلك العمل ولم يغرسها بإذنه، فهو للغارس، وعليه قيمة التالة؛ ولأنه يتملكها على صاحب التالة.

وكذلك لو كان الغارس قلع التالة من أرض رجل وغرسها فهى للغارس، وعليه لصاحب الأرض قيمة التالة يوم قلعها.

١٨٤٣٠- وفيه أيضًا: رجل دفع إلى رجل أرضًا ليغرسها له كرمًا والتالة من الدافع، فلما أدرك الكرم، قال الغارس لصاحب الأرض: سرق منى التالة التى دفعتها إلى وأنا غرستها من عندى، فأقلعها لا يصدّق المدفوع إليه على الغرس الذى فى الأرض، والقول قوله فى أن التالة التى دفعها إليه سرقت منه حتى لا يكون عليه ضمان التالة؛ لأنه أمين أخبر عن هلاك الأمانة.

الفصل السادس
فى رب الأرض والنخيل إذا تولى العمل بنفسه

١٨٤٣١- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا دفع الرجل أرضه إلى رجل مزارعة بالنصف، ثم إن رب الأرض تولى الزراعة بنفسه، فهذا على وجهين: الأول أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وإنه على وجهين أيضًا: الأول أن يتولى الزراعة بأمر المزارع، وإنه على ثلاثة أوجه: إما إن استعان المزارع برب الأرض، وفى هذا الوجه الخارج بين الأرض وبين المزارع على ما شرطا نصفان؛ لأن عمل المعين منقول إلى المستعين، وكان المزارع تولى المزارعة بنفسه.

فإن قيل: البذر إذا كان من قبل رب الأرض فالمزارع أجير، والأجير إذا استعان بالمستأجر لإقامة العمل الذى استوجر عليه لا يستحق أجرًا على المستأجر كما فى الإجارة المحضة الخياط إذا استعان برب الثوب لأجل خياطة ثوبه، وخاطه رب الثوب تبطل الإجارة حتى لا يستوجب الخياط على رب الثوب أجرًا.

قلنا: المزارعة إجارة ابتداء شركة انتهاء، فكانت إجارة من وجه شركة من وجه، فمن حيث إنه إجارة إن كان يبطل متى تولى رب الأرض الزراعة لنفسه، من حيث إنه شركة لا يطل كما فى المضاربة إذا استعان المضارب برب المال ليعمل فى المضاربة، فعمل لا يبطل المضاربة، ويكون الربح بينهما، فوقع الشك فى بطلان المزارعة بعد انعقادها وصحتها، فلا تبطل بالشك، قالوا: إنما يكون الزرع بينهما على ما شرطا إذا لم يقل رب الأرض وقت المزارعة: ازرعها لنفسى، أما إذا قال: ازرعها لنفسى يكون الخارج كله لرب الأرض وتنتقض المزارعة، وهذا لأن صاحب البذر يملك نقض المزارعة قبل إلقاء البذر، وقوله: ازرعها لنفسى نقض للمزارعة دلالة؛ لأنه لا يعدّ زارعًا لنفسه إلا بعد نقض المزارعة، إلا أن محمدًا رحمه الله أطلق الجواب إطلاقًا.

قال شيخ الإسلام: والجواب على ما أطلق محمد رحمه الله صحيح؛ لأن صاحب البذر إنما يملك نقض المزارعة قبل إلقاء البذر حال حضرة صاحبه لا حال غيبته،

فهذا التعليل يشير إلى أن المزارع لو كان حاضراً وقت زراعة رب الأرض، وقال رب الأرض: ازرعها لنفسي أنه تنتقض المزارعة.

الوجه الثاني من هذا الوجه: إذا استأجر المزارع رب الأرض بدراهم معلومة ليعمل عمل المزارعة، وفي هذا الوجه الإجارة باطلة، والمزارعة على حالها؛ لأنه استأجره ليعمل هو فيه شريك؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، فحال ما استأجر رب الأرض، فهو شريك فيه، فلا تصح الإجارة بهذا الطريق[1]، قلنا: إن المضارب إذا استأجر رب المال بدراهم معلومة ليعمل في مال المضاربة لا تصح الإجارة.

الوجه الثالث من هذا الوجه: إذا دفع المزارع الأرض إلى رب الأرض مزارعة بطائفة من حصته من الزرع، وفي هذا الوجه المزارعة الثانية باطلة، والمزارعة الأولى على حالها.

١٨٤٣٢- هذا إذا تولى رب الأرض المزارعة بأمر المزارع، فأما إذا تولاها بغير أمره والبذر من جهة رب الأرض، فإنه يصير مناقضاً للمزارعة؛ لأن صاحب البذر يملك نقض المزارعة بالقول، فيملك نقضها بالفعل الذي هو دليل النقض واسترداد البذر والأرض، وزرعها لنفسه دليل النقض، وإن كان البذر من قبل المزارع، فالجواب في هذا الوجه فيما إذا زرع بأمر المزارع، أو بغير أمر المزارع نظير الجواب في الوجه الأول إلا في خصلة؛ لأن رب المال إذا زرع بغير أمر المزارع في هذا الوجه يضمن للمزارع بذراً مثل بذره عليه.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض، أو من قبل المزارع، وأمر المزارع رب الأرض حتى استأجر أجيراً في ذلك، فالخارج بين رب الأرض والمزارع على ما اشترطا؛ لأن استئجار رب الأرض الأجراء بإذن المزارع كاستئجار المزارع الأجراء بنفسه، ورجع رب الأرض بأجر الأجراء على المزارع بخلاف ما إذا استعان المزارع برب الأرض، ولم يأمره باستئجار الأجراء، فإن هناك لا يرجع رب الأرض على المزارع بأجر الأجراء؛ لأن استئجار الأجراء هناك ما حصل بأمر المزارع، أما ههنا بخلافه.

والجواب في المعاملة نظير الجواب في المزارعة حتى إن من دفع نخيله إلى رجل

(١) وفي الأصل: "بهذا الطريق الذي قلنا".

معاملة بالنصف على أن يلقحه ويحفظه ويسقيه، فاستعان العامل برب النخيل في ذلك، وفعل صاحب النخيل ذلك بنفسه، فالخارج بينهما على ما شرطا، ولو كان صاحب النخيل قبض النخيل بغير أمر العامل، وفعل ما ذكرنا، فالخارج كله لصاحب النخيل، وتنتقض المعاملة، وإن كان صاحب النخيل لا يملك نقض المعاملة من غير عذر؛ لأنه إنما كان لا يملك ذلك قصداً، وههنا المعاملة انتقضت حكماً من حيث إن صاحب النخيل صار عاملا لنفسه.

ولو كان صاحب النخيل أخذ النخيل بعد ما خرج الطلع، وقام عليها بغير إذن العامل فالخارج بينهما، ولو أخذها قبل خروج الطلع وقام عليها، ثم أخذها العامل منه بغير أمره، وقام عليها حتى صار تمراً، فجميع ذلك لصاحب النخيل.

١٨٤٣٣- وإذا دفع أرضًا وبذرًا مزراعة بالنصف، ثم إن المزارع بعد ما قبض الأرض دفعها إلى رب الأرض مزارعة على أن للمزارع الثلث ولرب الأرض الثلثان، فالمزارعة الثانية فاسدة، وما خرج فهو بينهما نصفان.

فإن قيل: المزارع إذا شرط الثلثين لرب الأرض فقد شرط له من نصيب نفسه الثلث، فإذا لم تصح المزارعة الثانية لم لا يجعل ذلك من المزارع حطًا لذلك القدر من نصيبه في المزارعة الأولى؛ ليكون للمزارع الثلث بحكم المزارعة الأولى.

قلنا: المزارع حطّ عن نصيبه ذلك بعوض، وهو أن يسلم له عمل رب الأرض بحكم المزارعة الثانية، وعمل رب الأرض لم يسلم له بحكم المزارعة الثانية؛ لأنها لم تصح إنما وقعت عن المزارعة الأولى.

١٨٤٣٤- وإذا دفع أرضًا مزارعة بالنصف، وشرط البذر على المزارع، فلما زرعها المزارع وسقاه ونبت، قام عليه رب الأرض بنفسه، وأجراه وسقاه من غير أمر المزارع حتى استحصد الخارج بين رب الأرض والمزارع على ما شرطا.

ولو أن المزارع بذره إلا أنه لم يسقه ولم ينبت حتى سقاه رب الأرض بغير أمر المزارع، فالقياس أن يكون الخارج كله لرب الأرض؛ لأن البذر قبل النبات قائم في الأرض حقيقة، ألا ترى أنه يمكن تميزه من الأرض إذا تكلف، فكان كونه في البطن ككونه على ظهر الأرض، ولو كان على ظهر الأرض، فأخذه رب الأرض وبذره

وسقاه، حتى نبت يصير ناقضًا للمزارعة، كذا ههنا.

وفى الاستحسان: يكون الخارج بينهما على ما شرطا فى المزارعة؛ لأن سقى رب الأرض فى هذه الحالة حصل بإذن المزارع دلالة؛ لأن البذر إنما يبذر فى الأرض للنبات، والنبات لا يكون إلا بالسقى، والسقى مما لا يتفاوت فيه، فصار المزارع بعد إلقاء البذر مستعينًا بكل واحد من آحاد الناس ليسقى الأرض دلالة.

هذا إذا بذره المزارع وسقاه رب الأرض بغير إذنه، فأما إذا بذره رب الأرض بغير إذن المزارع، فلم ينبت حتى سقاه المزارع بعد ذلك، وقام عليه حتى استحصد ذكر أن الخارج بينهما على ما شرطا، ولم يذكر القياس والاستحسان ههنا؛ لأن القياس فى المسألة الأولى إنما جاء؛ لأنا اعتبرنا البذر فى الأرض قبل النبات، كأنه على ظهر الأرض، ولو كان البذر على ظهر الأرض، وأخذها وبذره بغير أمر المزارع يصير ناقضًا للمزارعة.

ولو جاء المزارع وبذرها وسقاها بغير أمر رب الأرض كان الخارج بينهما على ما شرطا قياسًا واستحسانًا.

الفصل السابع
فى دفع المزارع، أو العامل إلى غيره مزارعة أومعاملة

١٨٤٣٥- وإذا أراد المزارع أن يدفع الأرض إلى غيره مزارعة فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفى هذا الوجه ليس له أن يدفع الأرض إلى غيره مزارعة إلا إذا أذن له رب الأرض بذلك نصّا أو دلالة بأن يقول رب الأرض: اعمل فيه برأيك؛ لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض، فالمزارع يدفع الأرض إلى غيره مزارعة يشترك[1] غيره فى مال رب الأرض، ورب الأرض إنما رضى بشركته لا بشركة غيره، ولكن له أن يستأجر أجيرًا بماله لإقامة عمل المزارع؛ لأن المزارع أجير إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وللأجير أن يستأجر أجيرًا لإقامة العمل المشروط إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه.

فلو أنه دفع إلى غيره مزارعة بالنصف مع أن رب الأرض لم يأذن له بذلك لا نصّا ولا دلالة ذكر أن المزارعة جائزة بين المزارع الأول والثانى، ولا شيء لرب الأرض؛ لأن المزارع الأول صار مخالفًا، فصار غاصبًا للأرض والبذر، ومن غصب أرضًا أو بذرًا ودفع إلى غيره مزارعة صحت المزارعة بينهما على ما شرطا؛ لأن الغاصب يصير مستأجرًا للعامل ليعمل له فى الأرض المغصوبة، وذلك جائز ويكون الخارج بينهما على الشرط، ولرب الأرض والبذر أن يضمن بذره أيهما شاء، وإن ضمن الأول لا يرجع به على الثانى؛ لأن الأول ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه دفع بذر نفسه مزارعة، وإن ضمن الثانى يرجع على الأول؛ لأنه صار مغرورًا من جهته، وإن كانت الأرض قد انقصت كان النقصان على المزارع الثانى دون الأول عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله الآخر؛ لأن العقار عندهما إنما تضمن بالإتلاف دون الغصب، وقدر ما انتقص إنما تلف بفعل الثانى دون الأول، وعلى قول محمد رحمه الله: صاحب الأرض فى تضمين النقصان بالخيار، إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثانى، ثم ينظر إلى ما أصاب

(١) وفى م: "فيشترك".

المزارع الأول من نصف الخارج، فيطيب له من لك قدر ما غرم لرب الأرض، ويتصدق بالفضل؛ لأنه استفاد الفضل من أرض مغصوبة، وما أصاب المزارع الثانى من نصف الخارج قالوا: يطيب له جميع ذلك؛ لأن المزارع الأول صار غاصبًا للبذر مستهلكًا له يدفعه إلى غيره متى اتصل به الاشتراك بالزراعة، فصار البذر ملكًا له بالضمان، فالخارج كله تولد من ملك الأول، وقد جعل نصفه أجرة للغير، فيعتبر بما لو زرع بنفسه فى أرض مغصوبة وحصل الخارج، فاستأجر ببعض الخارج من الأرض المغصوبة رجلا ليعمل له عملا من الأعمال، وهناك يطيب ذلك للأجير؛ لأنه ورد على المستفاد بسبب خبيث، والسبب الخبيث سبب جائز.

ثم إنما يصير المزارع الأول بالدفع إلى غيره مزارعة مخالفًا إذا كانت المزارعة الأولى والثانية وقعتا بصفة الجواز.

أما إذا وقعت إحداهما بصفة الفساد إما الأولى وإما الثانية لا يصير مخالفًا، أما إذا وقعت الأولى بصفة الفساد فلأن المزارع إنما يصير مخالفًا بالاشتراك، ولم يثبت الاشتراك إذا وقعت الأولى فاسدة؛ لأنه لا شركة للمزارع الأول إذا كانت الأولى فاسدة، فلا يملك اشتراك غيره، ألا ترى أنه لو عمل الأول حتى حصل الخارج لا يكون للمزارع الأول فيه شركة، فكذا إذا عمل غيره بأمره لا يكون له فيه شركة وإن كانت الثانية فاسدة، فكذلك لا يصير الأول مخالفًا، وإن كان للأول شركة فى الخارج؛ لأنه لا شركة للثانى فى الخارج، بل هو أجير للأول استأجره، وللأول أن يستأجر غيره لإقامة العمل به.

١٨٤٣٦- بيان ما قلنا من المسائل: إذا دفع أرضًا وبذرًا مزارعة، وشرط رب الأرض للمزارع النصف، فدفع المزارع إلى آخر مزارعة، وشرط الأول للثانى عشرين قفيزًا من الخارج، حتى فسدت المزارعة الثانية، فإن الأول لا يصير مخالفًا، وكان الخارج بين رب الأرض والمزارع الأول على الشرط، وللمزارع الثانى على المزارع الأول أجر مثل عمله، وإن كان البذر من قبل المزارع، وفسدت المزارعة الأولى بأن شرط رب الأرض للمزارع الأول عشرين قفيزًا، وشرط الأول للثانى نصف الخارج أو ثلثه، فأخرجت الأرض زرعًا كثيرًا، فجميع ما خرج بين المزارعين، ولرب الأرض أجر مثل

الأرض على المزارع الأول؛ لأن المزارعة الأولى لما فسدت، صار المزارع الأول مستأجرًا للأرض إجارة فاسدة، فيجب عليه أجر مثل الأرض.

وأما إذا أذن رب الأرض والبذر للمزارع بذلك نصّا أو دلالة، بأن قال له: اعمل فيه برأيك، وقد كان شرط رب الأرض للمزارع الأول النصف، فدفع الأول إلى الثانى مزارعة بالنصف، جازت المزارعة الثانية، وما أخرجت الأرض من الزرع، فنصفه لرب الأرض، ونصفه للمزارع الثانى، وخرج المزارع الأول من البين؛ لأن شرط الأول النصف للثانى انصرف إلى نصفه تحريًا للجواز كما فى المضاربة، فلم يبقَ للمزارع الأول شىء.

وإن شرط المزارع الأول على المزارع الثانى أن نصف الخارج لرب المال والنصف الآخر بين المزارع الأول والثانى أثلاثًا أونصفان، فذلك جائز أيضًا، والخارج بينهما على الشرط أيضًا.

الوجه الثانى: أن يكون البذر فى المزارعة الأولى من جهة المزارع، وفى هذا الوجه الأول أن يدفع الأول مزارعة إلى الثانى سواء أذن له رب الأرض بذلك نصّا أو دلالةً، بأن قال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك؛ لأن البذر من قبل المزارع الأول، فهو بالدفع إلى غيره مزارعة يشترك الثانى فى مال نفسه، لا فى مال رب الأرض، وله هذه الولاية.

فإن دفع المزارع الأول الأرض مزارعة إلى غيره، وقد كان المشروط فى المزارعة الأولى المناصفة فى الخارج، فشرطا فى المزارعة الثانية المناصفة فى الخارج جازت المزارعة الثانية، وكان الخارج بين رب الأرض والمزارع الثانى نصفان، ولا شىء للمزارع الأول، وإن شرطا فى المزارعة الثانية أن للمزارع الثانى ثلثا الخارج جازت المزارعة.

فرق بين هذا وبينما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فى المزارعة الأولى، وقد كان رب الأرض قال للمزارع الأول: اعمل فيه برأيك، ودفع المزارع الأول إلى غيره مزارعة على أن للمزارع الثانى ثلثا الخارج حيث لا تجوز المزارعة الثانية.

ثم فى مسألتنا إذا جازت المزارعة كان ثلثا الخارج للمزارع الثانى، وثلثه لرب الأرض، ويغرم المزارع الأول لرب الأرض أجر مثل ثلث الأرض؛ لأن المزارع الأول استأجر من رب الأرض بنصف الخارج، فيكون بمقابلة كل ثلث من الأرض ثلث نصف

الخارج، وهو سدس الكل، ولم يسلم[1] لرب الأرض سدس الخارج الذى هو بمقابلة ثلث الأرض، فيرجع عليه رب الأرض بأجر مثل ثلث الأرض.

١٨٤٣٧ - ولو كان المزارع الأول دفع الأرض إلى غيره عارية ليزرعها لنفسه كانت الإعارة جائزة، وإذا زرعها المستعير سلم الخارج له، ويغرم المزارع الأول لرب الأرض أجر مثل جميع الأرض؛ لأنه استأجر الأرض منه بنصف الخارج، ولم يسلم لرب الأرض شيء من الخارج.

فرق بين هذا وبينما إذا لم يُعر الأرض من غيره ولم يزرع بنفسه، أو أعار من غيره، ولم يزرعها المستعير، فإنه لا يغرم المزارع الأول لرب الأرض شيئًا من أجر مثل الأرض.

والفرق أن المزارع الأول استأجر الأرض بنصف الخارج، والإجارة متى عقدت ببعض الخارج لا يجب لرب الأرض أجر إذا لم يحصل الخارج، ومتى لم يُعر ولم يزرعها بنفسه، أو أعارها ولم يزرعها المستعير لم يحصل الخارج فلا يجب عليه الأجر، أما ههنا قد زرعها المستعير وحصل الخارج إلا أنه استحق الخارج غيره، وكان على المستأجر قيمة منافع الأرض كما لو استأجر الأرض بثوب بعينه، ثم استحق الثوب.

١٨٤٣٨ - قال: وإذا دفع إلى رجل نخيلا معاملة بالنصف، ولم يقل: اعمل برأيك، فدفع المال إلى آخر معاملة، فعمل فيه، فما خرج، فهو لصاحب النخيل، وللعامل الأجر على العامل الأول أجر مثله فيما عمل بالغًا ما بلغ، ولا أجر للعامل الأول؛ لأنه لما لم يقل: اعمل برأيك لم يملك الدافع إلى غيره معاملة؛ لأنه يكون إيجاب الشركة فى مال الغير، والعامل الأول لم يعمل بنفسه، وعمل الثانى غير مضاف إليه فى حق صاحب النخيل؛ لأن العقد الأول لم يتناوله، فلا يستحق الأجرة.

وأما للعامل الثانى أجر مثله على الأول؛ لأنه أوفى العمل، وقد استأجره الأول، فيستحق أجر المثل عليه.

قالوا: وقوله: "بالغًا ما بلغ" قول محمد رحمه الله، فأما عند أبى يوسف رحمه

---

(١) وفى الأصل: "ولم يسمّ".

الله : فلا يجاوز به ما سمّى .

قال : ولو هلك الثمر في يدى العامل الأخير[١] من غير عمله ، وهو في رؤوس النخيل ، فلا ضمان على واحد منهما ؛ لأن الغصب لم يتحقق ، فإن الغصب إزالة المال عن يد المالك على ما ذكرنا في كتاب الغصب ، ولم يوجد .

قال : ولو هلك الثمر من عمل العامل الأخير في أمر خالف فيه ما أمره الأول ، فالضمان لصاحب النخيل على العامل الأخير ، ولا ضمان على العامل الأول ؛ لأنه لما خالف فيما أمره لم يقع العمل مضافًا إليه ، بل هو مقتصر عليه ، فصار متلفًا للثمر على المالك ، فيجب عليه الضمان ، وإن كان الثمر هلك في يده من عمله من أمر لم يخالف فيه أمر العامل الأول ، فلصاحب النخيل أن يضمن أيهما شاء ، أما الأول : لأن العمل مضاف إلى الأول ، فصار كان العامل الأول عمل بنفسه ، فله أن يضمنه ، وإن شاء ضمن الثاني ؛ لأنه بمنزلة غاصب الغاصب ، فإن ضمن الأخير رجع على الأول ؛ لأنه التزم له السلامة بعقده فيضمن ، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر ؛ لأنه عمل بأمره .

ولو كان الأول أمره أن يعمل برأيه ، وقد كان شرط رب النخيل للعامل الأول النصف ، فدفعه إلى الثاني بثلث الخارج ، فهو جائز ؛ لأنه ما فوّض الرأي إليه كان متضمنًا معنى دفعه معاملة ، كما ذكرنا في المضاربة والشركة .

قال : وما يخرج من الثمرة ، فنصفه لرب النخيل ، والثلث للعامل الأخير ، والسدس للعامل الأول ؛ لأن شرط العامل الأول للثاني ، ينصرف إلى نصيبه دون نصيب صاحب النخيل ؛ لأن العمل واجب على العامل الأول ، وإذا استحق من نصيبه الثلث بقي له السدس .

١٨٤٣٩ - وذكر محمد رحمه الله في "الأصل" : بأن الأول لو كان فاسدًا بأن شرط له شيئًا معلومًا ، وشرط الأول للثاني مثل ذلك ، فهما فاسدان ، ولا ضمان على العامل الأول يريد به[٢] إذا لم يقل له : اعمل برأيك من قبل أن الثاني لايستحق شيئًا من

---

(١) وفي الأصل وف : "الأجر" .

(٢) وفي الأصل : "على العامل الأول ، وإذا لم تثبت الشركة ويريد به" .

الخارج بالشرط لمكان الفساد فلم تثبت الشركة، فبقى العمل داخلا تحت العقد الأول؛ لأن للعامل أن يستعين بغيره، وإنما لم يملك لما فيه من إثبات الشركة، وإذا لم تثبت الشركة لم يصر ضامنًا، وكذا إذا كان الشرط الأول جائزًا، والثانى فاسدًا، أو كان الأول فاسدًا، والثانى جائزًا؛ لأن الثانى لايستحق شيئًا من عين الخارج، إذا فسد العقد الأول؛ لأنه لا حق للأول فيه، حتى يثبته لغيره.

١٨٤٤٠- وفى "النوازل": دفع أرضه إلى رجل ليزرعها ببذرهما جميعًا والبقر من عند الأكّار على أن الخارج بينهما نصفان، فشارك الأكّار فى نصيبه رجلا، فعمل معه، فالمزارعة والشركة فاسدتان، أما فساد المزارعة: فلأن رب الأرض أعطى منافع نصف أرضه للعامل، وشرط عليه العمل لنفسه فى النصف الباقى، فلا يمكن تصحيح هذا عارية؛ لأنه لم يُعر عن العوض، ولا إجارة لجهالة الأجرة، ففسدت المزارعة، وإذا فسدت المزارعة فسدت الشركة؛ لأنها بناء على المزارعة الفاسدة، وإذا فسدت الشركة أيضًا فبعد ذلك الزرع بين الدافع وبين المدفوع إليه على قدر بدرهما؛ لأنه خرج من ملكهما، ولصاحب الأرض على العامل الأول أجر مثل نصف الأرض؛ لأنه استعمل بنصف أرضه بحكم عقد فاسد، وعلى المزارع الأول للثانى أجر مثل عمله؛ لأنه عمل له بإجارة فاسدة، وليس للمزارع الأول على رب الأرض أجر مثل العمل؛ لأنه عمل فيما هو شريك فيه، فلا يستوجب بذلك أجرًا، ويتصدق المزارع الأول بفضل نصيبه وما غرم؛ لأنه فضل زرع خرج من أرض غيره بإجارة فاسدة.

الفصل الثامن
فى المزارعة يشترط فيه المعاملة

١٨٤٤١ - المعاملة إذا شرطت فى المزارعة ينظر إن كان البذر من قبل العامل فسدت المزارعة والمعاملة جميعًا ، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جازت المزارعة والمعاملة جميعًا .

ولو كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازتا من أيهما كان البذر ، أما إذا كان البذر من قبل العامل وقد شرطت المعاملة فى المزارعة .

صورتها : رجل دفع إلى رجل أرضا بيضاء فيها نخيل مزارعة على أن يزرعها العامل ببذره بالنصف على أن يقوم على النخيل ، فيسقيه ويلقحه ، ذكر أنهما فاسدتان جميعًا ، وذلك لأنهما عقدان حقيقة وحكما شرط أحدهما فى الآخر ، فيفسدان جميعًا كما لو قال : دفعت إليك الأرض مزارعة لتزرعها ببذرك بالنصف على أن تؤاجر دارك ، أو تبيع عبدك منى ، وإنما قلنا : عقدان ، وذلك لأن البذر إذا كان من قبل المزارع ، فالمزارع استأجر الأرض بنصف الخارج على أن يؤاجر المزارع نفسه من رب الأرض ليعمل فى النخيل ببعض الخارج ، فكانا عقدين شرط أحدهما فى الآخر ، ففسدتا جميعًا .

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض جازتا جميعًا ؛ لأنه عقد واحد من حيث الحكم والمعنى إن كان عقدان من حيث الصورة ؛ لأن المعقود عليه واحد من حيث الحقيقة والمعنى ، فإن المعقود عليه منافع العامل فى المزارعة والمعاملة جميعًا متى كان البذر من قبل رب الأرض من حيث الحقيقة والمعنى كذلك ؛ لأن عمل المزارعة والمعاملة من حيث المعنى شيء واحد ، فإن فى المزارعة التبذير وسقى وحفظ ، وفى المعاملة تلقيح وسقى وحفظ ، فكانا شيئًا واحدًا من حيث المعنى ، ولما كان المعقود عليه واحدًا حقيقة ، ومعنى كان العقد واحدًا من حيث المعنى ؛ لأنه لايتصور فى المعقود عليه عقدان فى وقت واحد ، وإنما يتصور عقد واحد ، وإذا كان العقد واحدًا من حيث المعنى والاعتبار ، صار تقدير هذا العقد كأنه قال : استأجرتك لتزرع أرضى ، وتعمل فى نخيلى بنصف الخارج

منهما، ولو صرّح بهذا كان جائزًا، وكان بمنزلة ما قالوا: قال: استأجرت منك هذين العبدين شهرًا بكذا على أن يخدمنى هذا، ويزرع الآخر أرضى، وذلك جائز، فكذلك ههنا.

فأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فالمعقود عليه شيئان من حيث الحقيقة والمعنى أحدهما منافع الأرض، ولآخر منافع العمل، ويتصور عقدان فى شيئين، فكانا عقدين حقيقةً ومعنًى، شرط أحدهما فى الآخر، ونظير هذا ما قال فى "الزيادات": إذا قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم على أن بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقبل المشترى فسد العقدان جميعًا؛ لأن المعقود عليه شيئان من حيث الحقيقة والمعنى أحدهما عبد، والآخر جارية، وقد شرط بيع الجارية فى العبد، ففسدا جميعًا.

ونظير ما إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض من البيع أن يكون العبد واحدًا، فقال: بعت منك هذا بألف درهم ومائة دينار، وقبل المشترى كان جائزًا؛ لأن المعقود عليه واحد، وقد عقد العقد عليه ببدلين مختلفين معلومين فجاز، فكذلك هذا المعقود عليه شيء واحد حقيقةً ومعنًى، إلا أنه عقد العقد عليه ببدلين مختلفين معلومين فكان جائزًا.

١٨٤٤٢- فرق بين هذا، وبينما إذا دفع الأرض مزارعة بالنصف ليزرعها ببذر من قبل رب الأرض على أن يخيط لرب الأرض ثوبًا بعشرة دراهم فسدتا جميعًا، وإن كان المعقود عليه واحد فى الأرض والثوب جميعًا، وهى منفعة العامل.

والفرق بينهما أن فى مسألة الخياطة المعقود عليه إن كان واحدًا من حيث الحقيقة، وهى منافع العامل، فهو شيئان باعتبار المعنى؛ لأن عمل الزراعة[1] غير عمل الخياطة حقيقةً ومعنًى، وكان المعقود عليه شيئين باعتبار المعنى، ويتصور فى شيئين عقدان، وكان عقدين حقيقةً ومعنًى شرط أحدهما فى الآخر، ففسدا جميعًا.

فأما فى مسألتنا هذه: فالمعقود عليه شيء واحد حقيقةً ومعنًى، أما حقيقة فلا إشكال؛ لأن المعقود عليه فى المزارعة والمعاملة منافع العامل، ومن حيث المعنى؛ لأن عمل الزراعة وعمل المعاملة واحد من حيث المعنى، ولا يتصور فى شيء واحد فى وقت

(١) وفى م: "المزارعة".

واحد عقدان، فكان العقد واحدًا من حيث المعنى.

ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله: فيمن دفع غلامًا إلى حائك ليعلمه[1] الحياكة خمسة أشهر كل شهر بكذا، وعلى أن يعطيه الحائك بعد خمسة أشهر كل شهر كذا، إن الإجارتين جائزتان، وإن شرط أحدهما فى الآخر؛ لأن وقت الإجارتين مختلف، فلم يتصور اجتماعهما فى وقت واحد، فلم يكن أحدهما مشروطًا فى الآخر من حيث المعنى، وإن كان أحدهما مشروطًا فى الآخر من حيث الحقيقة، فكذلك هذا.

وأما إذا كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازت المزارعة والمعاملة جميعًا؛ لأنه لم يشترط أحدهما فى الآخر، وإنما عطف أحدهما على الآخر؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط، ومتى عطف عقد على عقد، فإنه يجوز العقدان جميعًا، وكان بمنزلة ما لو قال: بعتك هذا العبد، وآجرتك هذه الدار، جازتا جميعًا؛ لأنه عطف أحدهما على الآخر، ولم يشترط أحدهما فى الآخر.

ولو قال: بعتك هذا العبد بألف على أن آجرتك هذه الدار شهرًا بعشرة دراهم فسدتا جميعًا.

وعن مسألة الحائك استخرجنا جواب مسألة صارت واقعة الفتوى.

وصورتها: رجل استأجر من آخر أرضًا بدراهم باخبار را بكار، وبر آنكه جوز خيار را بردارد همين بزمين را بحكم مزارعة اگر خواهد زمين را گندم كارد، فقد قيل: تفسد الإجارة؛ لأن هذه مزارعة شرطت فى إجارة، وكانت صفقة فى صفقة، وقيل: لاتفسد الإجارة، وهو الصحيح؛ لأن وقت العقدين مختلف، فلا يتصور اجتماعهما فى وقت واحد، فلا يصير أحدهما مشروطًا فى الآخر معنى، وإن كان أحدهما مشروطًا فى الآخر صورةً، ألا ترى أن فى مسألة الحائك حكمنا بجواز الإجارتين وإن كانت إحداهما مشروطة فى الأخرى؛ لأن وقت الإجارتين مختلف، فلم يتصور اجتماعهما فى وقت واحد، فلم يكن أحدهما مشروطًا فى الآخر معنى، كما فى مسألتنا -والله أعلم-.

---

(١) وفى ف و م: "ليعلمه".

الفصل التاسع
فى الخلاف فى المزارعة

١٨٤٤٣- وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا على أن يزرعها حنطة، فليس له أن يزرع غير الحنطة، وإن كان ذلك أهون على الأرض وأقل ضررًا من الحنطة بخلاف ما إذا استأجرها بدراهم ليزرعها حنطة، فزرع فيها ما هو أقل ضررًا بالأرض من الحنطة حيث يجوز، ويستحق الأجر.

١٨٤٤٤- والفرق أن فى المزارعة الأجر يتغير بزراعة غير الحنطة، وفى الإجارة لا يتغير؛ لأن فى الإجارة الأجردراهم، وهوكذلك سواء زرعها حنطة أو شعيرًا، وكذلك لو قال: خذ هذه الأرض مزارعة تزرعها حنطة، أو قال: لتزرعها حنطة، أو قال: فازرعها حنطة بألف، فهذا كله شرط حتى لو زرعها غير الحنطة يصير مخالفًا؛ لأن قوله: تزرعها حنطة لتزرعها حنطة، فإن زرعها حنطة لا يستقيم الابتداء به، فيجعل متعلقا بما قبله، فيصير مشروطًا.

ولو قال: وازرعها حنطة -بالواو- هل يكون شرطًا أو يكون مشورة؟ لم يذكر هذه المسألة فى المزارعة، وذكر فى المضاربة إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، وقال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف واعمل بها فى الكوفة، فهذا مشورة حتى لو عمل بها فى غير الكوفة لا يصير مخالفًا.

فمن مشايخنا من قال: يجب أن يكون الجواب فى المزارعة كذلك؛ لأن قوله: وازرعها حنطة مما يستقيم الابتداء، فلا يعتبر متعلقًا بما قبله، فلا يصير شرطًا كما فى المضاربة، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول: يعتبر هذا القدر شرطًا فى المزارعة؛ لأنه لو اعتبر شرطًا كان هذا بيانًا لنوع البذر، فتجوز المزارعة قياسًا واستحسانًا، ولو جعلناه مشورة لا يكون بيانًا لنوع البذر، فلا تجوز

المزارعة قياسًا بخلاف المضاربة؛ لأن بيان مكان العمل ليس بشرط لصحة المضاربة قياسًا واستحسانًا، فلا ضرورة إلى أن يجعل قوله: واعمل بالكوفة، وإنه مما يستقيم الابتداء به متعلقًا بما قبله -والله أعلم-.

الفصل العاشر
فى الزيادة من رب الأرض والنخيل أوالمزارع أو العامل

١٨٤٤٥ - يجب أن يعلم أن الزيادة من رب الأرض، ومن المزارع فى البدل قبل انتهاء المزارعة نهايتها جائزة، وجدت الزيادة من صاحب البذر، أو ممن لا بذر من جهته، وبعد ما انتهت المزارعة نهايتها بأن أدرك الزرع، فالزيادة من صاحب البذر لا تصح، وكان الخارج بينهما على ما اشترطا فى المزارعة، والزيادة من غير صاحب البذر لا يصح، أما الزيادة قبل انتهاء المزارعة إنما جازت من الجانبين؛ لأن الزيادة إنما وُجدت فى حال تجوز ابتداء المزارعة على الخارج، فإن ابتداء المزارعة على الخارج ما دام الخارج فى حد النماء جائز، فتجوز الزيادة أيضًا، كما فى باب البيع والإجارة، وأما الزيادة بعد انتهاء الزرع نهايتها إنما لم يجز من صاحب البذر؛ لأن الزيادة من صاحب البذر لا يمكن تجويزها بطريق الحط، والحط إنما يكون ممن له لا ممن عليه، فصاحب البذر مستأجر، والأجر عليه، فكيف يتصور منه الحط لو صحت الزيادة منه صحت زيادة حقيقة، وتعذر تصحيحها زيادة؛ لأن الزيادة إنما تصح إذا كان المعقود عليه بحال يجوزابتداء العقد عليه؛ لأن الزيادة فى البدل معتبرة بأصل البدل، والأصل يقتضى معقودًا عليه ليكون بإزاءه، فكذا الزيادة.

وإنما جازت من غير صاحب البذر؛ لأن تجويزها بطريق الحط ممكن؛ لأن من لا بذر من جهته أجير، والأجر حق الأجير، فيتصور منه الحط، وأمكن تصحيح الزيادة بطريق الحط، وإن لم يكن المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه؛ لأن الحطّ إخراج بعض البدل عن العقد، فيقتضى قيام البدل، لا كون المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه.

وعن هذا قلنا: إن من اشترى عصيرًا، وقبضه فصار خمرًا فى يده، ثم إنه زاد فى الثمن للبائع شيئًا لا تصح الزيادة، ولو حط البائع عن المشترى بعض الثمن صح الحط، وطريقه ما قلنا، بيان هذا الأصل من المسائل رجل دفع إلى رجل أرضًا مزارعة بالنصف

مدة معلومة وشرط البذر على المزارع، فلما أدرك الزرع زاد المزارع لرب الأرض سدسًا من نصيبه حتى صار لرب الأرض الثلثان وللمزارع الثلث، فالزيادة باطلة؛ لأن الزيادة حصلت من رب البذر فى حال لا يجوز ابتداء المزارعة، وإذا لم تصح الزيادة صار الحال بعد الزيادة كالحال قبلها، وقبل الزيادة كان الخارج بينهما مناصفة، فكذا بعد الزيادة، وبمثله لو زاد رب الأرض للمزارع السدس، واصطلحا على أن يكون لرب الأرض الثلث، وللمزارع الثلثان، فذلك جائز، ويكون ذلك من رب الأرض حطًا عن بعض نصيبه، والحط منه جائز؛ لأنه لا بذر من جهته، ويكون لرب الأرض الثلث، وللمزارع الثلثان.

والجواب فى المعاملة كالجواب فى المزارعة إذا كان البذر من جهة رب الأرض، وفى المزارعة إذا كان البذر من جهة رب الأرض جازت الزيادة من قبل المزارع لرب الأرض قبل إدراك الزرع وبعده، ومن جانب رب الأرض جازت الزيادة للمزارع قبل إدراك الزرع، ولايجوز بعده، فكذا فى المعاملة.

الفصل الحادى عشر
فيما إذا مات رب الأرض أو انقضت المدة والزرع بقل وما يتصل بذلك من موت المزارع، أو موته فى بعض المدة ويدخل فى هذا الفصل بعض مسائل النفقة على الزرع

١٨٤٤٦- إذا دفع رجل إلى رجل أرضًا مزارعة، والبذر من قبل المزارع، فمات رب الأرض بعد ما نبت الزرع قبل أن يستحصد، فالقياس أن تنتقض المزارعة، ولورثة رب الأرض أن يأخذوا أرضهم، وفى الاستحسان: يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع، ومعنى قوله: يبقى العقد عقد المزارعة، ولا تثبت إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع، وإنما بقينا عقد المزارعة نظرًا للمزارع؛ لأنها لو لم تبق فورثة رب الأرض[1] يعلقون الزرع، فيتضرر به المزارع بإبطال حقه فى الزرع، وهو غير متعد فى هذه المزارعة؛ لأنه زرع بإذن رب الأرض، ولو لم تنتقض عقد المزارعة يتأخر حق الورثة ولا يبطل؛ لأن للزرع غاية معلومة تنتهى إليه، والتأخير أهون من الإبطال.

هذا إذا قال المزارع: أنا لا أقلع الزرع، فأما إذا قال: أنا أقلع الزرع، فإنه لا يبقى عقد المزارعة، ولا يثبت إجارة مبتدأة؛ لأنا إنما بقينا عقد المزارعة فى الفصل الأول صيانة لحق المزارع فى الزرع.

فأما إذا قال: أنا أقلع الزرع، فقد رضى بطلان حقه، وإذا لم يثبت عقد آخر متى اختار المزارع القلع كان لورثة رب الأرض خيارات ثلاثة، إن شاؤوا قلعوا الزرع، ويكون المقلوع بينهم، وإن شاؤوا أنفقوا على الزرع بأمر القاضى حتى يرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدارًا بالحصة، وإن شاؤوا غرموا حصة المزارع من الزرع، ويكون الزرع لهم.

---

(١) فى الأصل: "فورثة رب الأرض يقاسمون الزرع، فيقضى رب المضارع بإبطال حقه فى الزرع".

هذا إذا مات رب الأرض بعد الزراعة، فأما إذا مات قبل الزراعة ولكن بعد ما عمل المزارع فى الأرض بأن كرب الأرض، وحفر الأنهار، وسوّى المسناة انتقضت المزارعة، ولايبقى صيانة لحقه فى الأعمال، وهذا لأنا لو بقينا عقد المزارعة صيانة لحق المزارع فى الأعمال، فقد أزلنا يدًا لورثة عن العين، وهو الأرض صيانة لحق المزارع فى مجرد النفقة والعمل، وإنه لا يجوز.

أما فى الفصل الأول: وهو ما إذا نبت الزرع لو بقينا عقد المزارعة، فقد أزلنا يد الورثة عن العين، وهو الأرض صيانة لحق المزارع عن عين الزرع، وإنه جائز.

ثم فى هذه الصورة لا يغرم ورثة رب الأرض للمزارع شيئًا؛ لأنه ليس للمزارع عين مال قائم فى الأرض إنما له مجرد عمل، وإنه لا يتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، ولم يوجد على عمله عقد إنما وجد العقد على الأرض إذا كان البذر من جهة العامل.

١٨٤٤٧- وأما إذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة، ففيه اختلاف المشايخ، ولو لم يمت رب الأرض فى هذه الصورة، ولكن المزارع قد كان أخر الزراعة وزرع فى آخر السنة، فانقضت السنة والزرع بقل لم يستحصد، فأراد رب الأرض أن يقلع الزرع وأبى المزارع، لا يمكن رب الأرض من القلع، ويثبت بينهما إجارة فى نصف الزرع حكمًا إلى أن يستحصد الزرع صيانة لحق المزارع فى الزرع، حتى يغرم المزارع نصف أجر مثل الأرض لرب الأرض، وفيما إذا مات رب الأرض فى وسط المدة، وقال المزارع: لا أقلع الزرع لاتثبت إجارة مبتدأة، بل يبقى عقد المزارعة حتى لا يغرم المزارع لورثة رب الأرض شيئًا.

والفرق بينهما وهو أن رب الأرض متى مات قبل انقضاء مدة المزارعة، والزرع بقل، فحاجتنا إلى إبقاء المزارعة، لا إلى إثبات الإجارة.

وإذا بقيت المزارعة على حالها تعذر إيجاب الأجر؛ لأنه يكون جمعًا بين الأجرين بإزاء منفعة الأرض فى مدة واحدة، وهى بعض الخارج، وأجر المثل دراهم ودنانير، وإيجاب ضمانين بإزاء عين واحد لا يجوز، فإيجاب بدلين بإزاء منفعة واحدة لا يجوز، والمنفعة دون العين أولى، فأما إذا انقضت مدة المزارعة فحاجتنا إلى إثبات الإجارة، فمتى أوجبنا الأجر على المزارع بعد انقضاء مدة المزارعة لا يكون جمعًا بين أجرين بإزاء

منفعة الأرض فى مدة واحدة، بل يكون إيجابًا بالأجرين فى مدتين مختلفين، وهذا جائز، فإنما فارق انقضاء مدة المزارعة موت رب الأرض من هذا الوجه لهذا.

ثم قال: والعمل عليهما نصفان حتى يستحصد الزرع؛ لأن المزارعة بمضى المدة انتهت نهايتها، وجميع العمل على المزارع إنما يجب بعقد المزارعة، فإذا انتهت المزارعة نهايتها كان العمل عليهما على قدر ملكيتهما فى الزرع كما لو زرعا بأنفسهما، وهذا بخلاف ما لو مات رب الأرض فى وسط السنة، والزرع بقل فإن جميع العمل على المزارع متى قال: لا أقلع الزرع، وذلك لأن هناك بقينا المزارعة صيانة لحق المزارع فى الزرع، وجميع العمل حال قيام المزارعة على المزارع، وإنما يغرم المزارع أجر مثل نصف الأجر؛ لأنا إنما أثبتنا الإجارة فى نصف الأرض صيانة لحق المزارع فى الزرع، والمشغول بزرعه نصف الأرض، وكان عليه أجر مثل نصف الأرض.

وهذا إذا لم يرد المزارع القلع، فإن أراد القلع كان لرب الأرض خيارات ثلاثة على نحو ما بيّنا فى الفصل الأول فى حق ورثة رب الأرض، وفرق بينما إذا مات رب الأرض فى وسط المدة والزرع بقل، وبينما إذا انتهت المدة والزرع بقل، فقال فى فصل الموت: إذا أنفق ورثة رب الأرض بأمر القاضى على الأرض، رجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرًا بالحصة، وفى فصل انتهاء المدة قال: إذا أنفق رب الأرض على المزارع بأمر القاضى، رجع على المزارع بنصف القيمة مقدرًا بالحصة.

والفرق بينهما أن فى فصل الموت بقينا عقد المزارعة على ما أمر[1]، وإذا بقيت المزارعة كان جميع النفقة على المزارع إلى أن يستحصد الزرع، فإذا أنفق الورثة بأمر القاضى كان لهم الرجوع بجميع النفقة، ولكن مقدرًا بالحصة حتى لا يرجعوا بالزيادة على حصته من الزرع؛ لأن الرجوع بالزيادة على الحصة إجبار منا إياه على النفقة، وليس لنا ولاية الإجبار بعد موت رب الأرض، وأما بقدر الحصة فلا إجبار على ما مر.

وأما إذا انتهت المدة فالمزارعة انتهت نهايتها، وبعد انتهاء المزارعة النفقة عليهما نصفان، فرجع بنصف القيمة، ولكن مقدرًا بالحصة حتى لا يرجع بالزيادة على الحصة.

وفرق بين فصل الموت وبين فصل انتهاء المدة من وجه آخر، فقال: إذا مات رب

(١) وفى الأصل وم: "مر".

الأرض فى وسط المدة، وقال: ورثة رب الأرض للمزارع، نحن نغرم قيمة حصتك من الزرع، فإنما يضمنون حصته من الزرع ثابتًا غير مقلوع، وإذا انتهت المدة، وقال رب الأرض للمزارع: اغرم قيمة حصتك من الزرع، فإنما يغرم حصته من الزرع مقلوعًا.

والفرق أن فى مسألة الموت بقينا عقد المزارعة للمعنى الذى ذكرنا، وإذا بقينا عقد المزارعة، كان للمزارع حق الترك والقرار حكمًا لقيام المزارعة، فورثة رب الأرض تملكوا عليه زرعًا ثابتًا، فيضمنون قيمة حصته ثابتًا، وأما إذا انتهت المدة، وأراد المزارع القلع لم يبقَ المزارعة، ولم تثبت إجارة مبتدأة حكمًا، ولم يبقَ للمزارع حق الترك والقرار، فرب الأرض إنما تملك زرعًا مقلوعًا حكمًا، فيضمن قيمته كذلك.

وإذا انقضت مدة المعاملة، والثمر لم يدرك بعد، وأبى العامل الغرم، فإنه يترك فى يده بغير إجارة بخلاف ما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل، فإنه يترك الأرض فى يد المزارع بأجر؛ لأن فى فصل المزارعة الترك بالأجر ممكن؛ لأن إجارة الأرض جائزة، أما فى فصل المعاملة الترك بأجر غير ممكن؛ لأن إجارة النخيل لا يجوز، وقد وجب مراعاة حق العامل، فوجب الترك بغير أجر.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٨٤٤٨- وإذا انقضت السنة، والزرع بقل، وأبى المزارع قلع الزرع، وترك الأرض فى يده بإجارة حتى وجب عليه أجر مثل نصف الأرض على ما بينا كان العمل عليهما حتى يستحصد الزرع، وتكون النفقة عليهما أيضًا، فإن أنفق أحدهما بغير أمر صاحبه، وبغير أمر القاضى، فهو متطوّع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر ما يلى عليه.

فإن قيل: هو مضطر فى هذا الإنفاق؛ لأنه يحيى به حق نفسه، فلا يوصف بالتبرع.

قلنا: هو غير مضطر فى ذلك؛ لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضى.

١٨٤٤٩- وإذا هرب المزارع فى وسط السنة، والزرع بقل، فقام عليه رب

الأرض، وأنفق عليه حتى استحصد الزرع رجع على المزارع بما أنفق بالغًا ما بلغ غير مقدر بالحصة، بخلاف ما تقدم من النفقات، والوجه ما ذكرنا أن في الرجوع بالزيادة على الحصة إجبار منا على النفقة، وليس للقاضي ولاية الإجبار على النفقة فيما تقدم من المسائل.

وأما في مسألتنا هذه للقاضي ولاية الإجبار على النفقة، فإن المزارع لو كان حاضرًا كان يجبره على النفقة وكان لرب الأرض حبس حصة المزارع بعد ما استحصد حتى توفي في نفقته؛ لأن هذا الدين إنما وجب لرب الأرض بسبب الزرع، فيكون الزرع محبوسًا به كمن استأجر دارًا أو عجل الأجرة، وتفاسخا الإجارة قبل مضي المدة كان للمستأجر حق حبس المستأجر؛ لأن هذا الدين إنما وجب على الآجر بسبب هذا العين، فكان محبوسًا به.

وإن اختلفا في مقدار النفقة، فالقول قول المزارع مع يمينه على علمه[1]؛ لأنه ينكر الزيادة.

١٨٤٥٠- وإذا مات المزارع، والزرع بقل، فقالت ورثة المزارع: نحن نعملها على حاله حتى يستحصد الزرع فذلك لهم؛ لأن لهم حقًا في الزرع، وحقهم محترم واجب الرعاية، وإن قال ورثة المزارع: نحن نقلع الزرع ولا نعمل لم يجبروا على العمل؛ لأنه لا وجه إلى أن يجبروا على العمل بحكم العقد؛ لأن العقد ما جرى بين رب الأرض، وورثة المزارع، ولا وجه أن يجبروا بحكم الإرث؛ لأن الإرث لا يجري في مجرد العمل، ألا ترى أن الكفيل بالنفس لو مات، لا تجبر ورثته على تسليم النفس، وطريقه ما قلنا.

١٨٤٥١- وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع بقل، وغاب أحدهما، وأنفق الحاضر بغير أمر القاضي، فقد ذكرنا أنه متطوع، فإن كان الغائب رب الأرض، فرفع المزارع الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق، فالقاضي لا يأمره بذلك ما لم يقم البينة على دعواه أن الزرع بينه وبين الغائب، وإذا قام على ذلك بينة، يأمره بالإنفاق، وليس سماع هذه البينة للقضاء على الغائب، فإن رب الأرض لو حضر، وأنكر الشركة، وقال:

---

(١) وفي الأصل: "على ما عليه؛ لأنه ينكر الزيادة".

الأرض والزرع كله لي وقد غصبتها[١] مني لا يكون له الرجوع بالنفقة على رب الأرض ما لم يعد البينة أن الزرع كان مشتركًا بينهما، وإنما سماع هذه البينة لإيجاب الحفظ على القاضي، وهذا لأن المدعي بما ادّعى يريد به إيجاب الحفظ على القاضي؛ لأن حفظ مال الغائب واجب على القاضي، فكان للقاضي أن يلتزم[٢] ذلك بمجرد دعوى المدعي بدون البينة، فقبل إقامة البينة إن شاء أمره بالإنفاق مقيّدًا، بأن يقول له: أنفق إن كان الأمر كما وصفت، وبعد إقامة البينة يأمره بالإنفاق مطلقًا حتمًا، فيقول له: أنفق، وإن خاف القاضي الهلاك على الزرع قبل إقامة البينة، فإنه يأمره بالإنفاق مقيّدًا على نحو ما بيّنّا، وتقرير قول القاضي له: أنفق، إن كان الأمر كما وصفت إن كان الزرع مشتركًا بينك وبين فلان، فقد أمرتك بالإنفاق على أن لك الرجوع بالنفقة، وإن لم يكن مشتركًا، وقد غصبتها مزروعة، فلا رجوع لك، وإن أمرتك بالإنفاق.

١٨٤٥٢- وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل، فأراد رب الأرض أن يقلع الزرع، وأبى المزارع، فإنه لا يثبت للمزارع من الخيارات ما يثبت لرب الأرض حتى إن المزارع لو قال: أنا أعطي قيمة حصة رب الأرض من الزرع ليس له ذلك من غير رضا رب الأرض، ولو أراد المزارع القلع، فلرب الأرض ذلك من غير رضا المزارع.

والفرق أن صاحب الأرض صاحب أصل، والمزارع صاحب تبع، ولصاحب الأصل أن يتملك التبع من غير رضاء صاحب التبع، وليس لصاحب التبع أن يتملك الأصل من غير رضا صاحب الأصل.

---

(١) وفي الأصل: "وقد غصبها مني"

(٢) وفي م وف: "أن لا يلتزم".

الفصل الثانى عشر
فى زراعة أحد الشريكين فى الأرض المشتركة وفى زراعة الغاصب

١٨٤٥٣- فى "النوازل" عن محمد رحمه الله: فى رجلين بينهما أرض، فغاب أحدهما، فلشريكه أن يزرع نصف الأرض، ولو أراد فى العام الثانى أن يزرع، يزرع النصف الذى كان زرع، وفى موضع آخر إن علم أن الزرع ينفع الأرض ولا ينقصها، فله أن يزرع كلها، وإذا حضر الغائب، فله أن ينتفع كل الأرض مثل تلك المدة؛ لأن رضى الغائب فى مثل هذا ثابت دلالة، وإن علم أن الزرع ينقصها أو الترك ينفعها، ويزيدها قوة ليس للحاضر أن يزرع شيئًا منه أصلا؛ لأن الرضى غير ثابت ههنا.

وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله: أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته.

١٨٤٥٤- وفيه أيضًا: إذا زرع أحد الشريكين الأرض المشتركة بغير إذن صاحبه، ولم يدرك بعد، فلشريكه أن يقاسمه الأرض، فما وقع فى نصيب المزارع أقره، وما وقع فى نصيب[1] الآخر، أخذه بقلعه، وضمنه ما دخل الأرض من النقصان بذلك، وإن كان الزرع قد أدرك، أو قرب من الإدراك غرم الزارع لشريكه نقصان نصف الأرض، وإن كان دخل فيه النقصان؛ لأنه فى نصيب الشريك غاصب، وحكم الغصب هذا، وفى غصب "المنتقى": أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير إذن شريكه، وتراضيا أن يعطيه الذى لم يزرع نصف البذر، ويكون الزرع بينهما نصفين، فإن كان ذلك بعد ما نبت الزرع جاز، وإن كان قبل نبات الزرع لا يجوز، وإن كان الزرع قد نبت، فأراد الذى لم يزرع أن يقلع الزرع يقسم الأرض بينهما، فما أصاب الذى لم يزرع من الأرض قلع ما فيه من الزرع، ويضمن له الزارع ما دخل أرضه من نقصان القلع، فى بعض الكتب رجل زرع أرض غيره بغير إذنه، ثم إن الزارع قال لرب الأرض: ادفع إلى بذرى وأكون أكارًا لك، فدفع، فقد قيل: إن كان الزارع قال: هذا فى وقت كانت الحنطة المبذورة

(١) وفى ظ وم: "نصف".

قائمة فى الأرض، فذلك جائز، ويصير المزارع متملكًا الحنطة المزروعة بحنطة مثلها، وذلك جائز، ويصير المزارع أكارًا له، وتكون هذه المزارعة فاسدة على ما هو جواب الكتاب؛ لأنهما لم يبيّنا مدة المزارعة، وإن قال الزارع: هذه المقالة بعد ما فسدت الحنطة المزارعة لا يجوز.

١٨٤٥٥- وعن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل أذن لرجل أن يزرع فى أرضه، فزرعها، ثم أراد رب الأرض أن يخرجها من يده، فليس له ذلك حتى يستحصد الزرع، لا يجوز؛ لأن التغرير بالمؤمن حرام، فإن قال رب الأرض: أعطيك البذر ونفقتك وأخرجك ويكون ما زرعت لى، ورضى به المزارع، فإن كان لم يطلع شىء من الزرع لا يجوز؛ لأن الزارع يصير بائعًا للزرع، وبيع المزارع قبل النبات لا يجوز، ولم يفصل بينما إذا كان هذا القول من رب الأرض حال ما كان البذر قائمًا أو مستهلكًا، فأما أن يقال: بأن تأويل هذه المسألة أن يكون هذا القول من رب الأرض بعد ما صار البذر مستهلكًا حتى تصير هذه المسألة موافقة للمسألة الأولى، أو يقال: بأن هذه المسألة تصير رواية فى تلك المسألة أن البيع لا يجوز على كل حال.

١٨٤٥٦- وفى "النوازل": زرع أرض الغير ولم يعلم به صاحب الأرض إلا عند الاستحصاد، ورضى به حين علم، أو قال مرة: لا أرضى به، ثم قال: رضيت طاب الزرع للمزارع؛ لأن الموجب للخبث حق صاحب الأرض، فإذا رضى انتفى الموجب للخبث، وطاب له الزرع لهذا.

١٨٤٥٧- وفيه أيضًا: ثلاثة نفر أخذوا أرضًا بالنصف ليزرعوها بالشركة، فغاب واحد فزرع الاثنان بعض الأرض حنطة، ثم حضر الآخر، وزرع بعض الأرض شعيرًا، فإن فعلوا ذلك بإذن كل واحد منهم، فالحنطة بينهم، ويرجع صاحب الحنطة على الآخر بثلث الحنطة التى بذرا، والشعير أيضًا بينهم، فيرجع صاحب الشعير عليهما أيضًا بثلثى الشعير الذى بذر، وإن فعلوا ذلك بغير إذن، فالحنطة ثلثها لصاحب الأرض وثلثاها لهما، ويغرمان نقصان ثلث الأرض، ويطيب لهما ثلث الخارج.

وأما الثلث الآخر يرفعان منه نفقتهما ويتصدقان بالفضل، وهذا لأن ثلثى ذلك نصيبهما، فزرعاه فهو على الشرط فى الثلث الآخر صارا غاصبين، فصار كل الخارج من

ذلك الثلث لهما، فحصل لهما ثلث الحنطة، ولصاحب الأرض ثلثها، وأما صاحب الشعير فله خمسة أسداس الشعير، ولرب الأرض سدسها؛ لأن ثلثى ذلك زرع غصبًا، فالخارج منها يكون له، وزرع الثلث بحق، فيكون على الشرط، فنصفه يكون له، فيصير له خمسة أسداس الشعير، ولرب الأرض السدس، وعليه نقصان ثلثى الأرض، قيل: فى نقصان الأرض بسبب الزراعة، إنه ينظر أن هذه الأرض بكم تشترى قبل استعمال الغاصب إياها بالزراعة، وبكم تشترى بعد ذلك، فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض.

وقيل: ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمال الغاصب إياها بالزراعة، وبكم تستأجر بعد ذلك، فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض، وهذا هو الصحيح.

١٨٤٥٨- وإذا انتقضت الأرض بزراعة الغاصب، ثم زال النقصان، ينظر إن زال بفعل رب الأرض لا يبرأ أصلا، وإن زال بدون فعله، فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: إن زال قبل الرد على رب الأرض يبرأ، وإن زال بعد الرد على رب الأرض لا يبرأ، منهم من قال: يبرأ فى الوجهين جميعًا، وبه يفتى، وكان كالمبيع إذا زال عنه العيب قبل القبض أو بعده تنقطه عنه خصومة المشترى فى الحالين.

وكذلك إذا صالح مشترى الجارية بعد القبض عن بياض وحدها فى إحدى عينيها، ثم زال البياض، رد ما قبض على البائع إلا إذا أزال بمعالجة المشترى، فحينئذٍ لا يرد.

١٨٤٥٩- وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة، وشرط البذر على المزارع، فزرعها المزارع، فجاء مستحق، واستحقها أخذها المستحق بدون الزرع، وله أن يأمره بقلع الزرع وإن كان الزرع بقلا، ولا يترك الأرض فى يد المزارع بإجارة إلى أن يستحصد؛ لأنه تبين أنه كان غاصبًا للأرض متعديًا فى الزراعة، ويكون القلع على الدافع والمزارع نصفين؛ لأن الزرع مشترك بينهما، فتكون مؤنة القلع عليهما، ثم المزارع بالخيار إن شاء رضى بنصف المقلوع، ولا يرجع على الدافع بشىء، وإن شاء رد المقلوع عليه، وضمّنه قيمة حصته نابتًا فى أرضه، لا فى أرض غيره، يريد بقوله: ضمّنه قيمة حصته نابتًا فى أرضه قيمة حصته من زرع له حق القرار، وهذا لأن الدافع بعقد المزارعة ضمن للمزارع

سلامة الزرع نابتًا فى أرضه إلى أن يستحصد الزرع، فإذا لم يسلم جعل مغرورًا من جهته، فيرجع عليه بما غرّه، وقيمته نابتًا فى أرض الدافع أكثر من قيمته مقلوعًا، أو نابتًا فى أرض الغير، فيرجع بذلك.

ألا ترى أن من استأجر أرضًا بدراهم وزرعها، ثم استحقها مستحق، وأخذ الأرض، وأمر المستأجر بقلع الزرع، رجع على الآجر بقيمة الزرع نابتًا فى أرضه لا أرض الغير، وطريقه ما قلنا: من ضمان السلامة، فكذا ههنا؛ لأن المزارع مستأجر للأرض إذا كان البذر من جهته، وهذا بخلاف من غصب أرضًا، فزرعها فجاء إنسان، وقلع الزرع، فإنه يضمن قيمته نابتًا فى أرض الغير، يعنى قيمة زرع ليس له حق القرار؛ لأنه أتلف زرعًا بهذه الصفقة، أما ههنا بخلافه.

١٨٤٦٠ - ثم إن أوجب الزرع نقصانًا فى الأرض فللمستحق أن يضمّن المزارع بلا خلاف، وليس له أن يضمّن الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن غاصب العقار عنده لا يضمّن إلا بالإتلاف، ولم يوجد من الدافع الإتلاف، وهذا إذ كان البذر من قبل المزارع، وأما إذا كان البذر من قبل الدافع، وأخذ المستحق الأرض، فأمرهما بالقلع وقلعا، فالمزارع بالخيار إن شاء رضى بنصف المقلوع ولا شيء له غيره؛ لأن أجره قد تعين بالقلع، وإن شاء رد المقلوع على الدافع، ورجع عليه بأجر مثل عمله على قول الفقيه أبو بكر البلخى، وبقيمة حصته من الزرع على قول الفقيه أبى جعفر رضى الله عنه.

ووجه قول الفقيه أبى بكر: إن بعد ما نبت الزرع صار الأجر معينًا، وهو نصف الخارج، ولهذا لو أراد الدافع أن يعطى أجره من محل آخر ليس له ذلك، فيعتبر بما لو كان معيّنا فى الابتداء، ولو استأجره الدافع للمزارعة بأجر معين، واستحق الأجر رجع الأجير على المستأجر بأجر مثل عمله، فهنا كذلك، وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر رحمه الله: أن الأجرة لم تكن عينًا وقت العقد لا حقيقة ولا اعتبارًا، إنما تعين من بعد، فإذا ردّه بالعيب وجب الرجوع بقيمة الأجر، لا بقيمة المنافع كما لو كان الأجر مكيلا أو موزونًا فى الذمة، فقبضه، ثم وجد به عيبًا فردّه.

ولو أن المستحق أجاز المزارعة لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى

"الأصل"، وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن الجواب فيه على التفصيل، إن كان البذر من جهة رب الأرض لا تصح إجازته؛ لأن العقد لم يرد على حق المستحق، إنما ورد على منافع العمل وذلك ملكه، وعلى بعض الخارج من بذر صاحب الأرض، وذلك ملكه أيضًا، وإذا لم يتناول العقد ملك المستحق لا تعمل إجازته بعد المزارعة، وكان المشترى لا يتوقف على الإجازة؛ لأنه لم يتناول حق المجيز، كذا ههنا، وإن كان البذر من قبل العامل صح إجازة المستحق قبل الزراعة، ولا يصح إجازته بعد الزراعة؛ لأن الإجازة وردت على منافع أرضه، فيتوقف على إجازته، كما لو باع ماله إلا أن إجازته إنما يعمل قبل الزراعة، ولا يعمل بعد الزراعة؛ لأن قبل الزراعة العقد لم ينته نهايته، وبعد الزراعة ينتهي نهايته، فلا تعمل إجازته.

وكان كمن آجر دار غيره شهرًا، فأجاز صاحب الدار الإجارة، إن أجازه قبل مضى المدة جاز، وإن أجاز بعد مضى المدة لا يجوز؛ لأن بعد مضى المدة قد انتهى العقد نهايته، فكذا ههنا.

وذكر هذه المسألة في الباب الآخر من إجارات القدوري عن محمد رحمه الله مطلقة من غير فصل بينما إذا كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض، وقال: إن كان الزرع قد سنبل أو لم يسنبل لحقه[1] الإجازة، ولا شيء للغاصب من الزرع، وهو للمالك؛ لأن المزارعة شيء واحد لا ينفرد بعضها عن البعض، فإذا أجازه المالك جاز، يريد بهذا الفرق بين الإجارة والمزارعة، فإن من غصب من آخر أرضًا وآجره، ثم أجاز المالك العقد في بعض المدة، فأجر ما مضى للغاصب وما بقي للمالك؛ لأن العقد في باب الإجارة ينعقد ساعة فساعة، ففي حق ما مضى انعدم العقد، فلا يلحقه الإجازة بخلاف اللمزارعة؛ لأنها كالشيء الواحد، وإن سمن الزرع لم تلحقه الإجازة وهو للغاصب؛ لأنه إذا سمن الزرع، فقد انقضت المزارعة فلا تلحقها الإجازة، فما ذكر القدوري نص أن الإجازة تعمل بعد الزراعة قبل أن يسمن الزرع، وإنه يخالف ما ذكر شيخ الإسلام، فيتأمل عند الفتوى.

١٨٤٦١- وذكر في "المنتقى": أبو سليمان عن محمد رحمه الله: رجل غصب

(١) وفي الأصل وف وم: "لحصة الإجارة".

أرضًا، ودفعها إلى غيره مزارعة سنة على أن البذر من قبل المزارع، فزرعها المزارع ولم ينبت الزرع حتى أجاز رب الأرض المزارعة جاز إجازته، وما خرج منها، فهو بين رب الأرض والمزارع على ما شرط عليه الغاصب، ويكون الغاصب هو الذى يتولى قبض حصة رب الأرض، وما نقص الأرض من عمل المزارع، فلا ضمان عليه إلا ما نقصها قبل أن يجيز رب الأرض، فإن ذلك النقصان يضمنه المزارع لرب الأرض فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله : إن شاء رب الأرض ضمن المزارع ذلك، وإن شاء ضمن الغاصب.

ولو نبت الزرع وصار له قيمة، ثم أجاز رب الأرض المزارعة جازت المزارعة، وليس له أن ينقضها بعد ما أجازها، ولكن لا شىء لرب الأرض من الزرع، وما يحدث فيه من من الحب، فجميع ذلك بين المزارع والغاصب، ومعنى قوله : لو أجاز رب الأرض المزارعة، جازت أن لا يكون لرب الأرض بعد الإجازة أن يطالب المزارع بقلع الزرع وتفريغ الأرض، وقبل الإجارة كان له ذلك، لا أن يصير الزرع لرب الأرض.

والمعنى ما أشار إليه شيخ الإسلام رحمه الله أن العقد قد انتهى بالزراعة، فإن قال قائل : هذا يشكل بما إذا غصب أرضًا وآجرها من غيره بجارية مثلا سنة وقبض، وأجاز رب الأرض الإجارة جازت الإجارة، وصارت الجارية لرب الأرض بعد ما كانت للغاصب.

قيل : لا يشبه الجارية فى هذا حصة الغاصب من الزرع ؛ لأن الإجارة لو انتقضت فى الجارية قبل أن يزرع المستأجر رجعت الجارية إلى المستأجر.

ولو انقضت المزارعة فيما بين المزارع والغاصب يسلم للغاصب حصته من الزرع الذى طلع أو لا، ألا ترى أن حصته قد وجبت له كلها قبل إجازة رب الأرض المزارعة، فما ازداد من حصته بعد الإجازة يكون له لا لرب الأرض، إلا أنا ننظر إلى قيمة ما وجب له من الزرع قبل الإجازة، فيتصدق به، ويطيب له ما زاد بعد الإجازة، فأما المزارع، فلا يتصدق بشىء.

١٨٤٦٢- وفى "المنتقى" أيضًا : رجل غصب من آخر أرضًا، ودفعها إلى رجل مزارعة بالنصف والبذر من قبل الدافع، ثم إن رب الأرض أجاز المزارعة، وكانت

الإجازة[١] قبل الزراعة أو بعده، فالإجارة[٢] باطلة حتى لا يكون لرب الأرض من الزرع شيء، والمعنى ما أشار إليه شيخ الإسلام رحمه الله: أن البذر إذا كان من قبل الدافع، فالعقد لم يرد على حق المستحق.

قال في "المنتقى": والأرض بعد الإجازة بمنزلة العارية في يد الغاصب والمزارع، فإن أراد رب الأرض أن يرجع عن إجازته، ويأخذ أرضًا، فإن كان المزارع لم يزرع الأرض بعد، فله ذلك، وإن كان المزارع قد زرع الأرض قبل الإجازة، ونبت بعد الإجازة، أو زرع بعد الإجازة، ونبت أو زرع بعد الإجازة لم ينبت فليس له أن يرجع فيما أجاز؛ لأن فيه تغرير المؤمن، وإنه حرام، وكذلك إن كان المالك أجاز المزارعة بعد ما سنبل الزرع إلا أنه لم يستحصد، ثم أراد أن يرجع فيما أجاز، فليس له ذلك، ولكن يقال للغاصب: اغرم له أجر مثل أرضه إلى أن يستحصد الزرع، وبقيت المزارعة بين الغاصب والمزارع على ما كانت، فإن قال الغاصب: أنا أغرم الأجر بقدر حصتي من الزرع لم يجبر على أكثر من ذلك، وقيل للمزارع: اغرم أنت من أجر الأرض على بقدر حصتك من الزرع، فإن كانا غرما ذلك، ورضيا به كان عمل الزرع حتى يستحصد عليهما جميعًا؛ لأن الغاصب حين أبى أن يغرم الأجر كله صار كأنه زرع بينهما، فزرعاه في أرض رجل.

فإن قال الغاصب: لا أغرم من الأجر شيئًا، ولكني أقلع الزرع، فالزارع بالخيار أن شاء قلع معه، وإن شاء أدّى أجر مثل الأرض ماله، وعمل في الزرع بنفسه وأجراءه، فإذا استحصد نظر إلى نصيب الغاصب، وأخذ من ذلك ما غرم من أجر الأرض، وأجر الأجراء في نصيب الغاصب، وكان الفعل للغاصب، ولا يأخذ من ذلك أجر عمله؛ لأنه لم يغرم ذلك إنما يأخذ الغاصب كل ما غرم من سببها، فأما ما عمله بنفسه فهو متطوع فيه، وإن قال الزارع: لا أغرم أجرًا ولا أعمل في ذلك عملا، وأنا أقلع الزرع، فإن أجمع الغاصب معه على ذلك قلعا وسلما الأرض لصاحبها، وإن أبى ذلك الغاصب كان للغاصب أن يؤدّي أجر مثل الأرض، ويقال له: قم على الزرع، فاعمله

---

(١) وفي ظ: "الإجارة".

(٢) وفي ظ: "فالإجازة".

بنفسك وأجراءك حتى يستحصد، فتأخذ من حصة المزارع ما غرمت عنه من أجر الأرض، أو لا أجر[1]، أو كان حالك فيه مثل حال المزارع فى الوجه الأول، وهذا كله إذا كان بقضاء قاضٍ، فأما إذا فعله أحدهما بغير قضاء القاضى، ولا رضاء من صاحبه، فهو متطوع فيه، وسلم للآخر نصيبه منه كملا، وليس على واحد منهما أن يتصدق بما أصابه من الزرع إلا ما وجب للغاصب من الزرع قبل أن يجيز رب الأرض المزارعة، ألا ترى أن رجلا لو دفع إلى رجل مالا مضاربة بالنصف، والمال مغصوب، فعمل به، ثم أخذ المغصوب منه المال، فإن الغاصب يتصدق بحصته من الربح، ولا يتصدق المضارب بشيء من حصته؛ لأنه كان أجيرًا بذلك، فإنما أخذ أجر عمله.

وإذا أجاز رب الأرض المزارعة قبل أن يبذر، ثم بذر فلم ينبت، حتى أراد أخذ أرضه، فقال المزارع: أنا أدع الزراعة، ولا حاجة لى فى العمل؛ لأن البذر لم ينبت، فقال الغاصب: أنا أمضى على المزارعة؛ لأن البذر قد فسد حين طرح فى الأرض، قيل للغاصب: عليك أجر مثل الأرض إلى أن يستحصد الزرع، فإذا رضى بذلك وجب على المزارع أن يمضى على المزارعة، كما اشترط عليه الغاصب، وكان الأجر كله على الغاصب لا يرجع على المزارع، ولا فى حصته بشيء، فإن قال الغاصب: لاأعطى الأجر، وأنا آخذ البذر يعنى من رب الأرض، قيل للمزارع: أنت بالخيار إن شئت، فأبطل المزارعة وسلم للغاصب أخذ بذره، ولرب الأرض أخذ أرضه، وإن شئت، كان عليك مثل أجر الأرض إلى أن يستحصد الزرع، فإن رضى بذلك جازت المزارعة، ولم يكن لرب البذر على أخذ بذره سبيل، ويكون المزارع متطوعًا فيما غرم من أجر الأرض، وتكون المزارعة بينهما على ما اشترطا، لا يتصدقان بشيء مما وجب لهما من الطعام؛ لأن رب الأرض أجاز المزارعة، والبذر على حاله قبل أن ينبت، فيكون له قيمته، فلا يتصدق واحد منهما بشيء من زيادة الزرع بعد ذلك.

١٨٤٦٣- وإذا غصب بذرًا، وزرعه فى أرض نفسه، فقبل أن ينبت كان لصاحب البذر أن يجيز فعله؛ لأن قبل النبات الحنطة قائمة فى الأرض، فيعتبر بما لو كانت قائمة على وجه الأرض، وبعد النبات لا تعمل إجازته، ذكر شيخ الإسلام فى آخر كتاب

(١) وفى الأصل: "من أجر الأرض، أو لا بأجر، وكان حالك".

المزارعة في باب قبل كتاب الشروط متصلا به.

١٨٤٦٤- وفي "العيون": رجل غصب أرضًا، وزرعها حنطة، ثم اختصما، وهي بذر لم تنبت بعد، فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركها حتى تنبت، ثم يقول له: اقلع زرعك، وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه، أما الخيار فلأنه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك، فإن اختار إعطاء الضمان كيف يضمن؟

روى هشام عن محمد رحمه الله: أنه يضمن ما زاد البذر فيه، فيقوم الأرض وليس فيها بذر، وتقوم وفيها بذر.

وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يعطيه مثل بذره، والمختار أنه يضمن قيمة بذره، لكن مبذورًا في أرض غيره، وهو أن يقوم الأرض غير مبذورة، وتقوم مبذورًا، ولكن ببذر لغيره حق النقض والقلع، ففضل ما بينهما قيمة بذر مبذور في أرض غيره، وما قال ههنا محمد رحمه الله: ذلك قيمة بذر مبذور في أرض نفسه.

١٨٤٦٥- وفي "فتاوى الفضلي": رجل ألقى البذر في أرضه، فجاء آخر، وألقى بذره، وسقى الأرض، فنبت الزرعان جميعًا، أو ألقى فيها بذره وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض، ونبت الزرعان جميعًا فما نبت يكون للآخر عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن خلط الجنس بالجنس عنده استهلاك، وعليه للأول قيمة بذره، ولكن مبذورًا في أرض ملكه، وطريق معرفة ذلك ما مرّ، لكن ثمةَ يضمن قيمة بذره مبذورًا في أرض غيره، وههنا يضمن قيمة بذره مبذورًا في أرض نفسه.

فإن جاء صاحب الأرض وهو الأول، فألقى فيها بذر نفسه مرة ثالثة، وقلب الأرض قبل أن ينبت الأرض البذران أو لم يقلب وسقى، فما نبت من المبذور كلها فهو له، وعليه للغاصب مثل بذره لكن مبذورًا في أرض غيره؛ لأنه أتلف، كذلك هكذا ذكر ههنا، ولم يشبع الجواب، والجواب المشبع أنه يضمن الغاصب الأول قيمة بذر الأول مبذورًا في أرض نفسه، ثم يضمن المالك قيمة البذرين جميعًا مبذورًا في أرض غيره؛ لأن الإتلاف ورد كذلك.

١٨٤٦٦- هذا كله إذا لم يكن الزرع نابتًا، فأما إذا زرع المالك ونبت، ثم جاء رجل، وألقى بذر نفسه وسقى، فهذا على وجهين: إما إن لم يقلب أو قلب، ففي

الوجه الأول: إذا نبت الثانى كان الجواب على ما مرّ أنه يضمن قيمة بذره يعنى يوم نبت الزرع الثانى مختلطًا بزرع رب الأرض، وفى الوجه الثانى: المسألة على قسمين: إما إن كان الزرع النابت إذا قلب مرة أخرى ينبت أو لا ينبت، ففى القسم الأول: الجواب على ما مر، وفى القسم الثانى: الزرع للثانى، وعلى الثانى: قيمة زرعه نابتًا؛ لأنه أتلف كذلك.

١٨٤٦٧- سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله: عمن بذر فى أرضه بذرًا، ثم جاء آخر، فسقى تلك الأرض حتى أدرك الزرع، فإن الزرع فى القياس للساقى، وعليه قيمة الحب مبذورًا فى الأرض على شرط القرار إن سقاها قبل أن يفسد البذر فى الأرض، وإن سقاها بعد ما فسد البذر قبل أن ينبت نباتًا له قيمته، فنبت بنفسه، فإن فى القياس عليه قيمة نقصان الأرض تقوم الأرض مبذورة قد فسد حبها، وتقوم غير مبذورة، فيغرم قيمة نقصان ما بينهما، والزرع للساقى.

وإن كان سقاها بعد ما نبت الزرع، فصار له قيمة، فعليه قيمة الزرع يوم سقاها، والزرع للساقى، وإن كان سقى الأرض بعد ما استغنى الزرع عن السقى، لكن السقى ينفعه وأجود له، فإن الزرع لصاحب الأرض[1]، ولا شىء للساقى.

١٨٤٦٨- وعنه أيضًا: لو أن رجلا ألقى بذرًا فى أرض غيره، ثم إن صاحب الأرض سقى الزرع، حتى أدركه أخذت ههنا بالقياس، والزرع كله لصاحب الأرض، وعليه قيمة الحب إن كان سقاه، وهو حب قيمته مبذورًا فى الأرض بغير حق القرار فيها، وإن كان سقاها بعد ما فسد الحب فى الأرض، فخرج الزرع بعد ذلك، ولولا السقى لم يكن يخرج، أو كان يخرج، ولكن لم يكن له قيمة، فالزرع لصاحب الأرض، ولا ضمان عليه لصاحب البذر.

ولو كان البذر من غير صاحب الأرض، والسقى من رجل آخر غير صاحب الأرض أيضًا كان سبيله معه كسبيل الساقى مع صاحب البذر والأرض جميعًا.

١٨٤٦٩- وعنه أيضًا: لو أن رجلا زرع أرضه، ثم جاء آخر، وألقى بذره فى تلك الأرض جميعًا، فخرج الزرع، إن خرج من غير سقى، فالزرع كله لصاحب

(١) وفى الأصل: "فإن الزرع لصاحب الأرض فى هذه الوجوه كلها، ولا شىء للساقى".

الأرض، وعليه قيمة الحب مبذوراً فى الأرض على حق القرار فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله، وإن ألقى البذر بعد ما فسد الحب فى الأرض، ثم نبت بعد ذلك كله، فعليه نقصان الأرض المبذورة على حق القرار والزرع كله للثانى، وإن بذر بعد ما خرج الزرع، وصار له قيمة، ثم أدرك ذلك كله مختلطًا، فعليه قيمة زرع رب الأرض نابتًا فى الأرض على وجه القرار يوم ظهر اختلاطه[١] بزرع صاحب الأرض، وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الزرع بينهما فى هذه الفصول كلها على الشركة، وهذا كله إذا أدرك الزرع من غير سقى أو بسقى صاحب البذر الذى لا أرض له، ولو أدرك الزرع بسقى صاحب الأرض[٢] فالزرع كله لصاحب الأرض وعليه الأجر، وقيمة حبه إن سقاه قبل أن يفسد حبه، وإن سقاه بعد ما فسد لم يلزمه الضمان.

(١) وفى الأصل وم: "اختلافه".

(٢) وفى الأصل: "صاحب الأرض الأرض".

الفصل الثالث عشر
فى بيع الأرض المدفوعة مزارعة

١٨٤٧٠- وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة سنة ليزرعها المزارع ببذره وآلاته، فلما زرعها المزارع باعها رب الأرض، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون الزرع بقلا، وفى هذا الوجه البيع موقوف على إجازة المزارع سواء باع الأرض مع الزرع أو باع الأرض بدون الزرع، أما إذا باع الأرض مع الزرع فلأن بعض الزرع ملك المزارع، وقد باعه رب الأرض بغير إذن المزارع، فيتوقف على إجازته، وكذلك يتوقف البيع فى الأرض، وفى نصيب رب الأرض من الزرع على إجازة المزارع وإن كان ذلك خالص ملك رب الأرض ؛ لأنه تعلق به حق المزارع ؛ لأن المزارع استحق بتبقية نصيبه فى الأرض إلى وقت الحصاد ولو جاز البيع فى الأرض، وفى نصيب رب الأرض من الزرع كان للمشترى قلع الزرع، فيبطل حق المزارع فى بتبقية الزرع، وتصرف المالك فى ملكه إذا تعلق به حق الغير يتوقف على إجازة ذلك الغير كبيع المرهون، وكبيع المستأجر .

وأما إذا باع الأرض وحده فلأنه لو نفذ البيع فى الأرض وحده يبطل حق المزارع فى تبقية الزرع على ما ذكرنا .

فإن أجاز المزارع البيع فى الأرض والزرع جميعًا نفذ البيع، وانقسم الثمن على قيمة الأرض، وعلى قيمة الزرع يوم البيع، فما أصاب الأرض، فهو لرب الأرض، وما أصاب الزرع فهو بين رب الأرض وبين المزارع نصفان .

هذا إذا أجاز المزارع البيع، فإن لم يجز البيع فالمشترى بالخيار، إن شاء تربص حتى يدرك الزرع، وإن شاء فسخ البيع ؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع لحق المزارع، فيعتبر بما لو عجز عن تسليمه لإباق العبد، وهناك المشترى يتخير، فههنا كذلك ذكر المسألة فى الكتاب مطلقًا .

وعن أبى يوسف رحمه الله : أن المشترى إن كان علم بالمزارعة وقت الشراء، فلا

خيار له، وإن لم يعلم، فله الخيار؛ لأن تعلق حق الغير بالبيع بمنزلة العيب؛ لأنه يمنع المشترى عن الانتفاع به، والعيب ما يوجب فوات منفعته، والشراء مع العلم بالعيب لا يوجب الخيار، هذا إذا باع الأرض والزرع جملة، وإن باع الأرض وحده بدون الزرع، فأجاز المزارع البيع، فالمشرى بالخيار على نحو ما بيّنا.

وإن كان باع الأرض وحصته من الزرع، وأجاز المزارع البيع أخذ المشترى الأرض وحصته رب الأرض بجميع الثمن، وإن لم يجز المزارع البيع، فالمشترى بالخيار، فإن أراد المزارع أن يفسخ البيع فى هذه الصورة، فالصحيح أنه ليس له ذلك.

الوجه الثانى: إذا باع رب الأرض بعد ما استحصد الزرع، فإن باع الأرض بدون الزرع، أو باع الأرض بحصته من الزرع جاز البيع من غير توقف؛ لأن التوقف فى حق المزارع فى الفصل الأول، حتى لا يبطل حقه فى بقية الزرع إلى وقت الاستحصاد، وهذا المعنى لايتأتى هنا، وإن باع الأرض مع جميع الزرع ينفذ البيع فى الأرض، وحصة رب الأرض من الزرع، ويتوقف فى نصيب المزارع، فإن أجاز البيع نفذ البيع فى نصيب المزارع أيضًا، وكان للمزارع من الثمن حصة نصيبه من الزرع، والباقى من الثمن لرب الأرض، وإن لم يجز البيع يخيّر المشترى إذا لم يعلم بالمزارعة وقت الشراء لتفرق الصفقة عليه، وإن كان صاحب الأرض باع الأرض والزرع بقل، فلم يجز المزارع البيع، فخير المشترى، فلم يفسخ البيع حتى استحصد الزرع، نفذ البيع فى الأرض، وحصة رب الأرض من الزرع، وللمشترى الخيار إن شاء، أخذ الأرض وحصة رب الأرض من الزرع بحصتهما من الثمن، وإن شاء نزل لتفرق الصفقة عليه، وإن كان باع الأرض مع حصته من الزرع فلم يجز المزارع البيع، ولم يفسخه المشترى حتى استحصد الزرع نفذ البيع، وكان للمشترى أن يأخذهما بجميع الثمن، ولا خيار له.

وكذلك إذا باع الأرض دون الزرع، فلم يجز المزارع البيع، ولم يفسخ المشترى حتى استحصد الزرع، نفذ البيع فى الأرض، ولا خيار للمشترى.

١٨٤٧١- "فتاوى الفضلى": إذا دفع أرضه مزارعة، ثم باعها قبل أن يزرع المزارع، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفى هذا الوجه للمشترى أن يمنع المزارع من الزراعة؛ لأن المشرى مستأجر المزارع، ولا يمكنه

إمضاء الإجارة إلا بإتلاف المال، ومن استأجر أجيرًا، ولا يقدر على إمضاء الإجارة إلا بإتلاف المال كان للمستأجر أن يمنع عن ذلك، فبعد ذلك إن لم يكن المزارع شرع فى العمل، ولم يعمل شيئًا من أعمال المزارعة، فلا شيء للمزارع حكمًا وديانةً، وإن كان عمل بعض الأعمال نحو حفر الأنهار وإصلاح المسنيات، فكذلك حكمًا، ولكن ينبغى لرب الأرض أن يرضى المزارع فيما بينه وبين ربه باعتبار ما عمل له فى أرضه بإذنه لا على وجه التبرع.

الوجه الثاني: إذا كان البذر من قبل المزارع، وفى هذا الوجه ليس للمشترى أن يمنعه عن الزراعة؛ لأن المزارع فى هذه الصورة مستأجر الأرض من رب الأرض ببعض الخارج مدة معلومة، ولو كان استأجرها بالدراهم مدة معلومة، ثم باعها رب الأرض كان للمستأجر أن يعمل فيها، ويزرع إلى أن تمضى المدة، وليس للمشترى منعه كذلك هنا.

١٨٤٧٢ - وفيه أيضًا: وإذا دفع أرضه مزارعة إلى رجل[1] والبذر من قبل رب الأرض، فلما زرع المزارع الأرض باع رب الأرض الأرض، فإن كان الزرع قد نبت وباع رب الأرض الأرض مع الزرع بعذر، بأن كان عليه دين قادح، لا وفاء له إلا من ثمن الأرض، فالبيع جائز، وليس للمزارع حق المنع، ويوزع الثمن على الأرض والزرع، فما أصاب الأرض، فهو لرب الأرض، وما أصاب الزرع، فهو بينه وبين المزارع نصفين، وإن كان الزرع لم ينبت بعد، فباع رب الأرض الأرض، فالبيع جائز، وحصة الأرض من الثمن لرب الأرض، ثم ينظر بعد ذلك إلى قيمة الأرض مبذورًا وغير مبذور، فذلك الفصل بينهما، والأرض والزرع كله للمشترى هكذا ذكر.

وهذا الجواب صحيح فيما إذا باع برضا المزارع، فأما إذا باع بغير رضا المزارع، فالبيع موقوف على إجازة المزارع، سواء باع الأرض بعد ما نبت الزرع، أو قبل أن ينبت الزرع، ولكن القاضى يخرجه من السجن إن كان محبوسًا إلى أن يستحصد الزرع إذا علم أنه لا وفاء له إلا من ثمن الأرض.

وإن كان البذر من قبل الأرض، فليس لرب الأرض بيع الأرض قبل المزارعة من

(١) وفى م: "أجل".

غير عذر، وله بيعها بعذر، وبعد إلقاء البذر فى الأرض ليس لرب الأرض بيعها بعذر وبغير عذر، وكذلك إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وألقى البذر فى الأرض، فليس له بيعها بعذر وبغير عذر.

وفى "فتاوى أبى الليث": رجل دفع أرضه مزارعة، فزرعها المزارع، ثم باع رب الأرض الأرض برضاء المزارع، فإن لم يكن الزرع قد نبت وقد كان البذر من قبل رب الأرض فلا شىء للمزارع من الثمن فى الحكم؛ لأنه لا ملك له فى البذر المبذور ولا حق؛ لأن حق المزارع إنما يثبت فى الخارج، وإن كان البذر من المزارع، فله حصة قيمة بذره مبذورًا فى الأرض[1]؛ لأن ذلك ملكه، وإن كان الزرع قد نبت وقد باع رب الأرض الأرض مع نصيبه من الزرع برضاء المزارع، فالبيع جائز ونصيب المزارع فيه قائم، وإن كان قد دفع النخيل معاملة، ثم باع النخيل قبل أن يخرج شيئًا، فلا شىء للعامل من الثمن، فإن باع النخيل بعد ما خرج الثمن مع جميع الثمر برضاء العامل، فالبيع جائز، وللعامل حصة نصيبه من الثمن، وإن باعها مع نصيبه من الثمر برضا العامل، فالبيع جائز فى نصيبه ونصيب المزارع فيه قائم.

١٨٤٧٣- وإذا باع الرجل أرضًا فيها زرع لم ينبت، فإن كان البذر قد عفن فى الأرض، فهو للمشترى، وإلا فهو للبائع، فإن سقاه المشترى حتى نبت، ولم يكن عفن عند البيع، فهو للبائع أيضًا، والمشترى متطوّع فيما فعل، وهذا لأن الحنطة التى فسدت فى الأرض، لا يجوز بيعها على الانفراد، فصار بمنزلة جزء من الأرض، فيدخل فى البيع بخلاف ما إذا لم تفسد[2]، وكذلك لو نبت ولم يتقوم بعد، واختيار الفقيه أبى الليث رحمه الله أنه للبائع على كل حال إلا إذا بيع مع الأرض، إما نصًا أو دلالةً -والله أعلم-.

---

(١) وفى الأصل: "فله قيمة حصته مبذورًا فى الأرض".

(٢) وفى حاشية ظ: "تعفن".

الفصل الرابع عشر
فى العذر فى فسخ المزارعة والمعاملة

١٨٤٧٤- وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن المضى على المزارعة، فإن كان الممتنع من كان من قبله البذر، فله ذلك بعذر وبغير عذر، وإن كان الممتنع من ليس من قبله البذر، فليس له ذلك إلا بعذر، وبعد إلقاء البذر فى الأرض ليس لواحد منهما أن يمتنع عن المضى على المزارعة إلا بعذر، وفى المعاملة إذا امتنع أحدهما عن المضى عليها، فليس له ذلك إلا بعذر فالمعاملة لازمة من الجانبين، والمزارعة بعد إلقاء البذر فى الأرض كذلك، وقبل إلقاء البذر فى الأرض لازمة من قبل من لا بذر له، غير لازمة من قبل من له البذر، وقد ذكرنا ذلك فى صدر الكتاب.

١٨٤٧٥- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا كان البذر من قبل المزارع، فقال المزارع: أنا أريد ترك الزراعة فى هذه السنة، أو قال: أنا أريد أن أزرع أرضًا أخرى فى هذه السنة سوى هذه، فله ذلك، وكان له أن يفسخ المزارعة، ولو كان استأجر الأرض بالدراهم، ويعرض بعينه، ثم قال: أنا أترك المزارعة أصلا كان ذلك عذرًا فى فسخ الإجارة كمن استأجر حانوتًا للتجارة، ثم ترك التجارة أصلا، أو أراد سفرًا كان ذلك عذرًا فى فسخ الإجارة، وإذا قال: ازرع أرضًا أخرى، أو قال: أنا لا أزرع[1] هذه السنة لا يكون هذا عذرًا فى نقض الإجارة.

١٨٤٧٦- والسفر والمرض عذر من قبل المزارع أو العامل فى فسخ المزارعة والمعاملة، وقد ذكر فى بعض المواضع: أن السفر لا يكون عذرًا، فمن المشايخ من قال: فى المسألة روايتان، ومنهم من قال: إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع، وإليه ذهب شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" موضوع ما ذكر أنه لا يكون عذرًا أنه أخذه مزارعة، أو معاملة ليعمل بنفسه وأجراءه، وبعد المسافرة يمكنه إقامة العمل بأجراءه، وموضوع ما ذكر أنه يكون عذرًا أنه أخذه مزارعة أو معاملة ليعمل بنفسة وإجراءه، وبعد ما سافر لا يمكنه العمل بنفسه.

(١) وفى م: "ازرع أرضًا أخرى أو لا أزرع" وفى الأصل: "أو قال: أنا لا أزرع".

١٨٤٧٧- ومن العذر من قبل رب النخيل، ورب الأرض أن يلحقه دين فادح، لا وفاء له إلا من ثمن النخيل أو الأرض، وعند ذلك لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضاء على رواية "الزيادات"؛ لأنهما في معنى الإجارة، وعلى رواية "الزيادات": لا بد لفسخ الإجارة من القضاء أو الرضاء، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضاء.

بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية "الزيادات"، وبعضهم أخذوا برواية "الأصل" و"الجامع الصغير"، فإن طلب من القاضي النقض قبل البيع[1]، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك، ولكن يبيع بنفسه، ويثبت الدين عند القاضي حتى يمضي القاضي البيع، وينتقض العقد حكمًا.

ثم إذا أراد صاحب الأرض البيع بعذر الدين، والبذر من قبل المزارع، فالحال لا يخلو إما إن كان العامل قد عمل في الأرض نحو الكراب وتسوية المسناة، وأشباه ذلك إلا أنه لم يزرعها[2]، وفي هذا الوجه كان لصاحب الأرض أن يبيعها، ولا شيء للعامل على رب الأرض؛ لأن العمل لا يتقوم إلا بالعقد، أو شبهة العقد، ولم يوجد ذلك ههنا؛ لأن البذر إذا كان من قبل المزارع، فالمزارع يكون مستأجرًا للأرض، فيكون العقد واردًا على منفعة الأرض لا على عمل العامل، فبقي عمل العامل من غير عقد، ولا شبهة عقد، فلا يتقوم على رب الأرض، فعود هذا التعليل أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجرًا للعامل، وكان العقد واردًا على منافع الأجير تقوم منافعه، وعمله على رب الأرض، ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، هذه الجملة من شرح مزارعة شيخ الإسلام رحمه الله، وينبغي أن يكون الجواب على هذا التفصيل فيما إذا انقضت مدة الزراعة، واختار رب الأرض إخراج الأرض من يد المزارع، فإن أراد المزارع أن يرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله أنه إن كان البذر من قبل المزارع ليس له ذلك، وإن كان من قبل رب الأرض أن له ذلك، وإن كان المزارع قد زرع الأرض ونبت الزرع فليس لرب الأرض أن يبيع الأرض حتى يستحصد الزرع؛ لأنه لو باعه باعه لحق رب الدين، ولا وجه إليه؛ لأن بالبيع[3] يبطل حق المزارع عن

(١) وفي الأصل: "من البيع".

(٢) وفي الأصل: "لم يؤرخا".

(٣) وفي الأصل وف: "إلا أن البيع".

الزرع، فإن المشترى يقلع الزرع، والزرع عين مال قائم، وحق رب الأرض فى الدين والعين فوق الدين، فكان مراعاة حق المزارع فى الزرع أولى بخلاف ما قبل الزراعة؛ لأن قبل الزراعة حق المزارع فى منفعة الأرض، وحق رب الدين فى الدراهم، والدراهم خير من المنفعة، فكان مراعاة حق رب الدين أولى.

وإذا لم يكن لرب الأرض حق بيع الأرض إلى أن يستحصد الزرع، وقد كان القاضى حبس رب الأرض بالدين يخلّى سبيله؛ لأن رب الأرض عجز عن بيع الأرض، وإيفاء الدين لحق المزارع، فيعتبر بما لو عجز عن ذلك بسبب الإفلاس، وهناك القاضى يخرجه من السجن، فهنا كذلك، وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين قادح، هل له أن يبيع الأرض؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى الكتاب، وقد اختلف المشايخ كان الشيخ الفقيه أبو بكر العتابى[1] رحمه الله يقول له: ذلك، وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ يقول: ليس له ذلك.

وجه ما ذهب إليه الشيخ أبو بكر العتابى[2] أنه ليس لصاحب البذر فى الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك، ولهذا قالوا: إن لصاحب البذر فسخ المزارعة؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له فى الحال، وقد يحصل العوض فى الثانى وقد لايحصل، فلا يرتفع الاستهلاك بالشك، وإذا صار البذر مستهلكًا ما لم ينبت لم يكن للمزارع فى الأرض عين مال قائم إنما له مجرد عمل، وهذا مما لا يمنع البيع بالدين كما قبل التبذير.

وجه ما ذهب إليه الشيخ أبوإسحاق الحافظ رحمه الله أن التبذير استنماء وليس باستهلاك، ألا ترى أن الأب والوصيّ يملكان زراعة أرض الصبى، وهما لا يملكان استهلاك مال الصبى، وإذا كان استنماء، كان للمزارع فى الأرض عين مال قائم -والله أعلم-.

---

(١) وفى الأصل: "القبانى".

(٢) وفى الأصل: "القبانى".

فهرس المحتويات